Die eherechtlichen Wirkungen der Todeserklärung.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

juristischen Fakultät der Grossherzogl.
Mecklenburgischen Landes-Universität

zu

Rostock

eingereicht von

F. L. C. Bodensieck
Gerichtsreferendar a. D.

HAMBURG
Druck: Bennich & Hollander
1912.

Referent:

Professor Dr. Matthiass.

Meiner lieben Braut,
Fräulein Else Stoltenberg.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553616_0086

Literaturverzeichnis.

Archiv für katholisches Kirchenrecht (herausgegeben von Moy de Sous und Vering.)

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl., Stuttgart 1886.

Bartels, Ehe und Verlöbnis, nach gemeinem und partikularem Recht in der Provinz Hannover, Hannover 1871.

Begründung des Entwurfs eines Familienrechts für das Deutsche Reich (Redactorenvorlage) 1880.

Behaghel, das badische bürgerliche Recht, Freiburg i./Br. 1866.

Beseler, Georg, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1. Abtl., Berlin 1885.

Bewig, Die Wirkung der Todeserklärung auf die Ehe. Leipziger Diss. 1908.

Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 3. Aufl., München 1837.

Boschan, Deutsche Juristen-Zeitung 1903, No. 3, Seite 77.

Bruns, Die Verschollenheit. Im Jahrbuche des gemeinen deutschen Rechts, Band I, Leipzig 1857.

v. Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts, Berlin 1897.

Corpus juris canonici, editio Lipsiensis secunda (Richter, Friedberg), Lipsiae 1881.

Corpus juris civilis, editio stereotypa quarta (Krüger, Mommsen) Berolini 1886.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1. und 2. Aufl., Berlin 1899 und 1900.

Denkschrift zum Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches Berlin 1896.

Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechtes und der Privatrechtsnormen des Reichs. Band 3, 3. Aufl.; Band 1, 4. Aufl., Halle a./S. 1896.

Dernburg, Pandekten, 4. Aufl., Berlin 1894; 6. Aufl., Berlin 1900.
Dernburg, das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, 2. Aufl., Halle a./S. 1903.
Dernburg, das bürgerliche Recht, Band 4, 1. Aufl., 1903; Band 5, 2. Aufl., 1905.
Dernburg, in Guttentag's Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag 1902: „Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung eines Gatten."
Deutsche Juristenzeitung: Jahrgang 1896, 1897, 1903 und 1904.
Dochnahl, zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches § 1348 Abs. 2 Satz 1. Im Archiv für bürgerliches Recht, Band 26, S. 321 ff.
Dziekan, Eheauflösung und Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung. Breslauer Diss. 1905.
Eccius, in Holtzendorff's Encyklopedie, Leipzig 1881, unter „Verschollenheitserklärung" Seite 1075.
Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts der katholischen und evangelischen Religionspartei in Deutschland. Göttingen 1833.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., Berlin 1900.
Engelmann, das alte und das neue Bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts, Berlin 1899.
Engelmann, das preussische Privatrecht in Anknüpfung an das gemeine Recht, 3. Aufl., Breslau 1887.
Entscheidungen des Reichtsgerichts in Strafsachen Band 4 und in Civilsachen Band 40 und 60.
Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozess einschliesslich Ehenichtigkeit und Eheungültigkeit im Geltungsgebiet des preussischen Landrechts unter Berücksichtigung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1893.
Erler, das Wiederaufleben aufgelöster Ehen nach dem B. G. B., Deutsche Juristen-Zeitung 1896.
Erler, Ehescheidungsrecht, 2 Aufl., Berlin 1900.
Falck, Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Privatrechts Altona 1825.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch nebst dem Einführungs-Gesetz. München 1904.
Fischer, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Berlin und Leipzig 1887.
Foerster-Eccius, preussisches Privatrecht, 7. Aufl., Berlin 1897.

Francke, Deutsche Juristen-Zeitung 1897, S. 382 ff.

Frantzen, die Wirkungen der Todeserklärung auf dem Gebiete des Familienrechts. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Leipziger Diss. 1903.

Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 2. Aufl., 1884.

Fuchs, Rechtliche Stellung der von einer Frau nach der Todeserklärung ihres Mannes geborenen Kinder, in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes, Band 47, Berlin 1903.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Civilprozessordnung, 7. Auflage Tübingen 1904.

Gengler, das Deutsche Privatrecht. Erlangen und Leipzig, 3 Auflage, 1876, 4. Auflage, 1892.

Gierke, deutsches Privatrecht, Band I, Leipzig 1885.

Gierke, das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechtes, Band 40, S. 667 ff.

Grolmann, ausführliches Handbuch über den Code Napoléon Giessen 1811.

Habicht, die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 2. Auflage, Jena 1900.

Hachenburg, das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich (Vorträge), 2. Auflage, Mannheim 1900.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, Band 3, Stuttgart 1892.

Hauber, Recht und Brauch der evangelisch-lutherischen Kirche in Württemberg, Abteilung II, Ulm 1876.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.

Henle-Schierlinger, Handausgabe des Strafgesetzbuches, 2 Auflage, München 1903.

Hinschius, das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung, Berlin 1875.

Hölder, Pandekten. Allgemeine Lehren. Freiburg i. Br. 1891.

Holtzheimer, die Wiederverheiratung im Falle der Verschollenheit und der Todeserklärung, Rostocker Diss. 1902.

Jacobi, das persönliche Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Auflage, Berlin 1899.

Jacobson, das evangelische Kirchenrecht des preussischen Staates und seiner Provinzen. Halle 1866.

Karlowa, römische Rechtsgeschichte. Band II, Leipzig 1901.

Katz, Verschollenheit und Todeserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Erlanger Diss. 1899.

Knitschky, das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern. Berlin 1899.

Kohler, Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkungen, in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess, Band 29.

Kraut, Vormundschaft, Band 2, Göttingen 1847.

Kuhlenbeck, von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1898 und 1901.

Küppers, die Grundsätze des gemeinen und preussischen Rechts sowie insbesondere des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches über die Todeserklärung, Erlanger Diss. 1898.

Kutschker, das Eherecht der katholischen Kirche, Wien 1856.

Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Personen-, Familien- und Vormundschaftsrechts, 2. Auflage, Tübingen 1881.

Lehmann, die Todeserklärung Verschollener nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in den Annalen des Deutschen Reichs, München 1901.

Leonhardt, das persönliche Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Band 7.

Leske, vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des preussischen allgemeinen Landrechtes, Berlin 1900.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 15. Auflage, Berlin 1905.

Lorenz, die unrichtige Todeserklärung, Heidelberger Diss. 1907.

Mannherz, Rheinisches Archiv, 99. Band, S. 3 ff.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 5. Aufl. 1910.

Mejer, Lehrbuch des deutsch. Kirchenrechts, 3. Aufl., Göttingen 1869.

Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechtes, Regensburg 1837.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Amtl. Ausgabe, Band I und IV, Berlin-Leipzig 1888.

Mugdan-Falkmann, die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Band IV, V, VI.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1 und 2, 4. Aufl. 1905.

Opet-v. Blume, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Familienrecht, Berlin 1902.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV Familienrecht, Berlin 1901; Band V, 2. Aufl. 1902; Band VI, Einführungsgesetz, Berlin 1905.

Protokolle zum Entwurf erster Lesung und zweiter Lesung für das Bürgerliche Gesetzbuch, Amtl. Ausgabe, Berlin 1897, Band I, IV, VI (bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn.)

Regelsberger, Pandekten, Band I, Leipzig 1893.

Rehbein, das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für Studium und Praxis, Band I, Berlin 1899.

Rehbein, Deutsche Juristenzeitung, S. 187 ff.

Reyscher, das gesamte Württemberg. Privatrecht, Tübingen 1837.

Richter, Paul, die Rechtsfolgen der falschen Todeserklärung, Erlanger Diss. 1907.

Richter, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 8. Auflage, Leipzig 1886.

Riesenfeld, Verschollenheit und Todeserklärung, Breslau 1891.

Rocholl, das Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900.

v. Roth, System des deutschen Privatrechtes, 1. Teil, Tübingen 1880.

v. Roth, Bayrisches Civilrecht, 1. Teil, 2. Auflage, Tübingen 1880.

Sartorius, Kommentar zum Personenstandsgesetz, München 1902.

Scherer, Handbuch des Kirchenrechts, Graz/Leipzig 1898.

Scherer, Familienrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, Erlangen 1898.

v. Scheurl, das gemeine deutsche Eherecht und seine Umbildung durch das Reichspersonenstandsgesetz vom 6. Februar 1875, Erlangen 1882.

v. Scheurl, das persönliche Eherecht, im Archiv für die civilistische Praxis, Band 74 (resp. Band 24).

Schmidt-Habicht, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Familienrecht, München 1900.

Schröder, Verlöbnis und Ehe sowie die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Wiesbaden 1897.

v. Schulte, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 4. Auflage, Giessen 1886.

Seuffert, Kommentar zur Civilprozessordnung, 9. Auflage, München 1905.

Sicherer, Personenstand und Eheschliessung in Deutschland, Erlangen 1881.

Siebenhaar, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, Band III, 2. Auflage, Leipzig 1869.

Siebenhaar, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts, Leipzig 1872.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Band IV und V, 2. Auflage 1905—1906.

Stenographische Berichte über die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Einführungsgesetzes.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Band 1, dritte Auflage, Berlin 1893; Band 4, Familienrecht, 1900.

Süssheim, das Namensrecht von Frau und Kind, in Gruchot's Beiträgen Band 43.

Sydow-Busch, Civilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, Berlin 1901.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I, 5. Auflage, Leipzig 1892.

Völk, das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung, Nördlingen 1875.

Wenck, Verschollenheit und Todeserklärung, insbesondere die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung, historisch und dogmatisch (nach dem neuen Bürgerlichen Gesetzbuche) dargestellt, Leipzig Diss. 1907.

Werner-Süsskind, Handbuch der Württembergischen Ehegesetze.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, Frankfurt a. M., Band I und II 1900; Band III 1901.

Zachariä von Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts (bearbeitet von Crome), 8. Auflage, Freiburg i. Br. 1895.

Zrodlowsky, Codificationsfragen und Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Prag 1888.

Zusammenstellung gutachtlicher Aeusserungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, gefertigt im Reichsjustizamt.

Disposition.

A. Einleitung.

Was ist und wozu dient die Todeserklärung? . . . . . Seite 1

B. Ausführung.

Die eherechtlichen Wirkungen der Todeserklärung

I. in den früheren Rechten (mit der Entwicklung der Verschollenheitslehre und Wirkung der Verschollenheit)

§ 1 1) im römischen Recht . . . . . Seite 4
§ 2 2) im germanischen Recht . . . . . „ 7
§ 3 3) im gemeinen Recht . . . . . „ 9
§ 4 4) im kanonischen Recht . . . . . „ 13
§ 5 5) im evangelischen Kirchenrecht . . . . . „ 17
6) in den deutschen Partikularrechten
§ 6 a) in Preussen . . . . . „ 19
§ 7 b) in Bayern . . . . . „ 23
§ 8 c) in Sachsen . . . . . „ 24
§ 9 d) in Württemberg . . . . . „ 28
§ 10 e) in den Gebieten des code civil (linkes Rheinufer und Elsass-Lothringen) . . . „ 30
§ 11 f) in Baden . . . . . „ 33
§ 12 g) in Hannover . . . . . „ 34
§ 13 h) in den übrigen kleineren Staaten . . . . „ 35

II. im Bürgerlichen Gesetzbuche:

§ 14 1) Allgemeine Bestimmungen für die Todeserklärung und die Entwicklung von der Lehre über die Todeserklärung . . . . . „ 37
2) Wirkung der Todeserklärung auf das Eherecht,

§ 15 a) Direkte Wirkung der Todeserklärung auf die bestehende Ehe . . . . . Seite 42
b) Indirekte Wirkung der Todeserklärung auf die bestehende Ehe durch die Möglichkeit, eine neue Ehe schliessen zu dürfen . . „ 49
§ 16 aa) im allgemeinen nach § 1348 B. G. B. „ 49
§ 17 bb) bei dem aufschiebenden Ehehindernis der Anfechtung der Todeserklärung nach § 1349 B. G. B. . . „ 52
c) Wie wirkt eine neue Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten auf die bestehende Ehe mit dem Verschollenen? . . . . . „ 60
aa) Auflösung der alten Ehe. . . . . „ 60
§ 18 aaa) wenn die neue Ehe rechtsbeständig ist . . . . . „ 60
§ 19 bbb) wenn in der neuen gültigen Ehe auch nur ein Ehegatte gutgläubig ist. . . . . „ 70
§ 20 bb) eventuelle Folgen der neuen Ehe . „ 76
d) Wirkungen der Anfechtung der neue Ehe. „ 78
§ 21 aa) Möglichkeit nach § 1350 B. G. B. „ 78
§ 22 bb) Fortfall dieser Möglichkeit. . . . „ 87
§ 23 cc) Wirkung der erfolgreichen Anfechtung der neuen Ehe . . . . . „ 91
§ 24 e) Wirkung bei Nichtanfechtung der neuen Ehe „ 97

C. Schluss.

§ 25 Inwieweit finden die Vorschriften des B. G. B. Titel 4 des Familienrechts: „Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung“ auch auf Ausländer Anwendung? . . . . . „ 99

Einleitung.

Was ist und wozu dient die Todeserklärung?

Die Todeserklärung ist eine Erklärung, die vom Gericht auf Antrag eines rechtlich Interessierten über den vermuteten Tod einer rechtsfähigen Persönlichkeit durch Ausschluss-Urteil nach voraufgegangenem Aufgebotsverfahren gegeben wird, wenn bezüglich dieser Persönlichkeit gewisse gesetzlich normierte[1]) Bedingungen der Verschollenheit vorliegen. Die Todeserklärung des Richters dient dazu, in gewissen Fällen die Sterbeurkunde des Standesbeamten zu ersetzen; wenn z. B. ein zurückgelassener Ehegatte nach der Todeserklärung des anderen Teiles eine neue Ehe eingehen will, so erfüllt das Ausschlussurteil dem Standesbeamten gegenüber denselben Zweck wie die Sterbeurkunde.

Nach § 1 B. G. B. beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt, daraus folgt als argumentum e contrario, dass sie mit dem Tode endigt.[2]) Dieser Satz war im § 3 des ersten Entwurfes und im § 1 des zweiten Entwurfes zum B. G. B. ausdrücklich ausgesprochen, ist aber bei der Revision des zweiten Entwurfes von der Redaktions-Kommission als selbstverständlich gestrichen.[3])

Da der Mensch nach vollendeter Geburt als Rechtssubjekt Träger von Rechten und Pflichten ist, so ist sein Tod eine rechtlich sehr bedeutsame Tatsache, denn der Tod muss mit Notwendigkeit eine Veränderung solcher Rechtsverhältnisse herbeiführen, deren Träger und Mitträger er im Leben gewesen ist. Im Leben hat er als Mitglied der menschlichen Gesellschaft teilgenommen an allen Lebensgütern, die uns das Recht gewährt. Da diese Lebensgüter mannigfachster Art sind und nicht nur die persönlichen Interessen des Einzelnen betreffen, sondern auch in die Rechtssphären anderer Menschen übergreifen, so hat nicht nur der einzelne Mensch an der Feststellung des Bestehens gewisser Rechtsverhältnisse ein privates, sondern auch der Staat

1) §§ 14—17 B. G. B.
2) Fischer-Henle Anm. 8 zu § 1.
3) Protokolle Band 6, Seite 106—107.

ein öffentliches Interesse. Und dieses Interesse tritt besonders bei der Ungewissheit des Todes eines Menschen in den Vordergrund.

Mit dem Tode scheidet der Mensch aus der menschlichen Gesellschaft aus, und dies kann nicht ohne Wirkung auf die Gesellschaft bleiben. Dritte Personen werden hiervon insofern betroffen, als der Tod die Entstehung, Abänderung und Beendigung von Rechtsverhältnissen herbeiführt. So werden in erster Linie solche Rechtsverhältnisse beendet, die höchst persönlicher Natur sind, wie die familienrechtlichen Verhältnisse: Eine Ehe wird durch den Tod aufgelöst, die elterliche Gewalt hört auf, und der Niessbrauch endigt mit dem Tod. Andererseits wird das Vermögen eines Verstorbenen Nachlass, und dieser geht auf Dritte, auf die Erben über.

Deshalb ist auch der Tod, wie jede andere Tatsache, die jemand zur Verteidigung seiner Rechte vorbringt, von dem zu beweisen, der sich darauf stützt. Dies wird nun in der Regel bei unserem modernen Rechtssystem nicht schwer fallen. Besonders nicht seit Einführung des Reichspersonenstands-Gesetzes vom 6. Februar 1875. Denn nach § 15 dieses Gesetzes ist jeder Todesfall in das beim Standesamt geführte Sterberegister einzutragen, und gewisse Personen sind nach §§ 57 und 19 zur Anzeige eines erfolgten Todes verpflichtet. Ferner kann der Beweis auch durch jedes andere Beweismittel geführt werden, z. B. durch den Totenschein des Arztes oder das Zeugnis des Kapitäns bei einem Unfall auf hoher See. Aber nicht immer kann ein solcher Beweis erbracht werden, besonders dann nicht, wenn jemand die Seinen verlassen und sie lange Zeit ohne Nachricht gelassen hat, sodass über sein Leben oder seinen Tod Ungewissheit herrscht.

In einem solchen Falle einen Beweis über Leben oder Tod des Verschollenen zu erbringen, wird in vielen Fällen äusserst schwierig, in den meisten Fällen aber ausgeschlossen sein. Es wird bisweilen eine grosse Wahrscheinlichkeit für den Tod des Verschollenen sprechen, besonders wenn noch erschwerende Umstände hinzutreten, z. B. der Verschollene hat sich in einer Gegend aufgehalten, die von einer schweren Erdbebenkatastrophe heimgesucht ist — aber der Beweis des eingetretenen Todes ist nicht zu erbringen. Die Ungewissheit des Todes überträgt sich selbstverständlich auch auf die an die Person des Verschollenen geknüpften Rechtsverhältnisse. Ein hieraus entstehender Schwebezustand in der Rechtsordnung würde eine äusserst missliche Lage ergeben. Die Vermögens- und Familienverhältnisse, die an diese Person geknüpft sind, würden unter einem solchen Schwebezustande besonders schwer leiden. Deshalb erfordert, wie schon oben angedeutet, nicht nur das private, sondern auch das öffentliche Interesse eine Regelung, durch die dem Schwebezustande, der die Rechtsausübung hindert, ein willkürliches,

gesetzlich sanctioniertes Ende gesetzt wird. Die Motive begründen I, 33 ihre Stellungnahme hierzu folgendermassen: „Daher darf die Ungewissheit über Leben und Tod einer Person, welche längere Zeit abwesend ist, ohne dass Nachricht über ihr Leben vorliegt, nicht von unbegrenzter Dauer sein. Die mit der Person verbundenen Vermögens- und Familienbeziehungen erfordern, dass ein Zeitpunkt eintritt, mit welchem der Schwebezustand sein Ende erreicht.“ Aus solchen Rücksichten heraus hat sich die Lehre von der Verschollenheit und Todeserklärung entwickelt.

Verschollen ist eine Person, „die jahrelang ohne eine Kunde über ihr Leben oder ihren Tod abwesend ist.“ [1]) Das Institut der Lehre von der Verschollenheit und Todeserklärung hat sich gewohnheitsrechtlich ganz allmählich herausgebildet. Nach Bruns hat die Entwicklung dieser Lehre zwei Äste, von denen einer in das römische, der andere in das deutsche Recht verläuft. Es waren bei der Todeserklärung bestimmte Voraussetzungen und Formalien erforderlich, auf die weiter unten des näheren eingegangen wird. Somit war ein Ersatz des Beweises für den unbestimmten aber sehr wahrscheinlichen Tod des Verschollenen gegeben.

Obgleich das römische Recht, besonders auf dem Gebiete des Civilrechtes, derartig hoch entwickelt war, dass es die Grundlage unseres heutigen Rechtes bildet, so ist trotzdem das Verschollenheitsrecht bei den Römern überhaupt nicht zur Ausbildung gekommen. Dies ist umso erstaunlicher, als doch gerade in dem ausgedehnten Weltreiche — man bedenke das west- und oströmische Reich! — bei dem schlechten Nachrichtendienst und bei den ausgedehnten Kriegen in fremden Landen doch sicherlich Fälle der Verschollenheit vorgekommen sind. Bruns erklärt diese „Lücke im römischen Recht in seinen Grundsätzen über Kriegsgefangenschaft postliminium und der fictio legis Corneliae,“ [2]) mit welchen beiden Rechtsinstituten der Römer sich auch bei der Verschollenheit behalf.

Ob im germanischen Recht schon eine Verschollenheitslehre bestand, ist ungewiss, die Quellen geben hierüber keine Auskunft. In Deutschland hat sich diese Lehre erst später an der Hand der von den Romanisten aufgestellten Lehre zu festen Praesumtionen herausgebildet und sich mit der Zeit entwickelt. Die Verschollenheitslehre war dem Grade der Vollkommenheit der Rechtsordnung nach verschieden, mit Rücksicht auf einzelne Länder und die Bedürfnisse bei der Ungewissheit des Rechtszustandes.

In unserem heutigen Recht begründet die Todeserklärung eine Vermutung, eine opinio juris nec de jure, sie ist durch den Beweis des Gegenteiles stets widerlegbar. Es wird vermutet, dass der für tot Erklärte in dem Zeitpunkte gestorben sei, der

1) Bruns I, Seite 93.
2) Bruns I, Seite 93.

im Ausschlussurteil festgesetzt ist. In gewissen Fällen ist das Gesetz aber auch zu positiven Vorschriften übergegangen, doch darüber weiter unten. Im folgenden soll es unsere Aufgabe sein, die Wirkung darzustellen, die die Todeserklärung auf das Eherecht ausübt und in den früheren Rechten ausgeübt hat.

I. Die eherechtlichen Wirkungen der Todeserklärung in den früheren Rechten und die Entwickelung und Wirkung der Verschollenheit in denselben.

§ 1.

Im römischen Recht.

Obgleich im römischen Recht, wie bereits oben erwähnt, ein Verschollenheitsinstitut noch nicht vorhanden war, sich wenigstens noch keine festen Beweisregeln dafür vorfinden, so liegt doch schon bei Paulus[1]) eine Definition vor: „si quis ita abest, ut ignoretur, ubi sit et an sit". Es mag sein, dass die Grundsätze des postliminium und der fictio legis Corneliae eine Ausbildung der Verschollenheitslehre verhindert haben. Aber hiervon abgesehen hat der Römer nach Bruns das Fehlen dieses Rechtsinstituts garnicht entbehrt, da ihm das freie römische Beweissystem völlig aushalf.[2]) Denn bei diesem Beweissystem konnte der Richter den Tod eines Verschollenen nach Wahrscheinlichkeitsgründen und Vermutungen, nach Art und Grund der Entfernung, nach Dauer der Abwesenheit und dem Lebensalter des Verschollenen als erwiesen gelten lassen. Hierbei wurde der Zeitpunkt des Todes eher zu früh als zu spät angesetzt.

Da die Römer ein sehr kriegerisches Volk waren, so werden wohl durch die Kriege die meisten Fälle der Verschollenheit herbeigeführt sein. Geriet ein römischer Krieger in Kriegsgefangenschaft, so kam er in die Sklaverei und wurde dadurch rechtlos, sodass er insofern einem Toten gleichkam; er war gewissermassen „civilistisch hingerichtet", da über ihn die capitis deminutio maxima verhängt wurde. Die Behandlung zwischen einem Toten und Kriegsgefangenen war aber nicht vollständig

1) l. 10 Dig. de ritu nupt. 23, 2.
2) Bruns I. Seite 104 ff.

gleich, da die Rechtsverhältnisse des letzteren aus dem Grundsatze des postliminum heraus bis zur Entscheidung seines Todes oder seiner Rückkehr in pendenti waren.[1]) Ein solcher Schwebezustand trat aber auch bei einem Verschollenen ein, sodass sich hierin beide glichen, und sogar einige Bestimmungen, z. B. dass bei dreijähriger Kriegsgefangenschaft des Vaters die Kinder ohne väterlichen Consens heiraten durften,[2]) ein Fall der ursprünglich nur bei Kriegsgefangenschaft galt, später auf die Verschollenheit übertragen wurde.

Ueber die Ehe des Kriegsgefangenen und die Wiederverheiratung ist folgendes zu bemerken: Die Ehe wurde bei der Kriegsgefangenschaft schon auf Grund der capitis deminutio maxima ohne weiteres aufgelöst[3]) und blieb selbst bei Rückkehr des Ehemannes aufgelöst.[4]) Es stand der zurückgebliebenen Gattin aber auch nicht ohne weiteres zu, eine neue Ehe einzugehen, sondern sie musste auf die Rückkehr ihres Gatten warten, solange sie wusste, dass der Mann in der Gefangenschaft noch lebe. War sein Leben aber ungewiss, so durfte sie nach fünfjähriger Frist, vom Beginn der Gefangenschaft an gerechnet, eine neue Ehe eingehen.[5]) Andererseits durfte aber die Ehegattin, sobald der Kriegsgefangene vor Ablauf der fünfjährigen Frist zurückkehrte, die Erneuerung der Ehe nicht verweigern. Tat sie dies ohne stichhaltigen Grund, so trafen sie die Folgen wegen grundloser Scheidung.[6])

Eine analoge Anwendung der Vorschrift auf Fälle der Abwesenheit und Todeserklärung, wie oben bei dem mangelnden väterlichen Consens des Sohnes, der eine Ehe einzugehen beabsichtigt, lässt sich hier eigentlich nicht nachweisen. Aber eine weitere Bestimmung Justinian's, wonach die fünfjährige Frist erst von dem Zeitpunkt ab laufen sollte, seitdem es ungewiss ist, ob der Gefangene noch lebt,[7]) lässt vermuten, dass diese Bestimmung mehr den Begriff der Verschollenheit zur Voraussetzung hat. Denn gerade die Länge der Frist, in der keine Kunde von dem Gefangenen eintreffen darf, lässt erst die feste Vermutung für den Tod des Abwesenden begründet erscheinen.

Bei dem oben Gesagten fällt uns ein Widerspruch auf zwischen l. 1 Dig. 24,2 und l. 6 Dig. 24,2: Während zunächst

---

1) Bruns I, Seite 93.

2) l. 9 § 1 Dig. de ritu nupt. (23,2): Is cuius pater ab hostibus captus est, si non intra triennium revertatur, uxorem ducere potest.

3) l. 1 Dig. de divortiis (24,2): Dirimitur matrimonium . . . . . captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum.

l. 12 § 4 Dig. de captivis (49,15): Sed captivi uxor, tametsi maxime velit et in domo eius sit, non tamen in matrimonio est.

4) l. 14 § 1 Dig. de captivis (49,15): Non ut pater filium, ita uxorem maritus jure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium.

5) l. 6 Dig. de divort, 24,2: Sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur vel morte praeventus, tunc, si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias.

6) l. 8 Dig. [49,15]: Quod si noluerit nulla causa probabili interveniente, poenis discidii tenebitur.

7) Nov. 22 c. 7: Si vero incertum sit, utrum supersit an non, quae ad hostes persona devenit, tunc quinquennium exspectandum est (sive a viro sive a muliere), post quod, sive manifestum fiat de morte sive incertum maneat, nubere licebit sine periculo.

gesagt wird, die Gefangenschaft löse die Ehe auf, so ist nach der zweiten Gesetzesstelle die Ehe während der fünfjährigen Frist als fortdauernd zu bezeichnen. Karlowa[1]) folgert aus diesem Widerspruch, um l. 6 Dig. 24,2 auch mit der eben erwähnten Novellenstelle (22,7) in Uebereinstimmung zu bringen, dass eine Interpolation stattgefunden haben müsse. Dieser Ansicht dürfte beizustimmen sein, da die zeitweise Fortdauer der Ehe von einer fortgeschritteneren Rechtsentwickelung zeugt, wie sie zur Kaiserzeit sich ausgebildet hat, und ein solch scharfer Gegensatz in einer und derselben Digestenstelle zu auffällig erscheint.

Einen weiteren Fall, der sich auf die Ehe bezieht, finden wir in den Nov. 67,11. Hier handelt es sich um einen Soldaten, der sich länger als 4 Jahre im Felde befindet, ohne Nachrichten von seinem Fortleben oder seiner Gefangenschaft gegeben zu haben. Für einen solchen Fall hatte Constantin eine Verordnung des Inhalts erlassen,[2]) dass die zurückgelassene Ehegattin eine Ehe eingehen durfte, nachdem sie den Vorgesetzten ihres ersten Gatten hiervon in Kenntnis gesetzt hatte Justinian änderte alsdann diese Verordnung dahin ab,[3]) dass die Frau erst nach 10 Jahren vom Ehemann eine förmliche Erklärung verlangen könne, und erst dann, wenn diese Aufforderung fruchtlos verlaufen sei, oder der Ehemann die Ehe daraufhin gekündigt habe, die Wiederverheiratung statthaft sei. In Nov. 117,11 hob Justinian auch diese Verordnung wieder auf und setzte nunmehr fest, dass die zurückgebliebene Ehefrau unbestimmt lange auf die Rückkehr ihres Gatten zu warten habe; erst wenn sie die eidliche Bestätigung vom Tode ihres Mannes durch dessen Vorgesetzten erlangt habe, dürfe sie eine neue Ehe eingehen. An diesen Verordnungen sieht man deutlich, wie sich aus der Kriegsgefangenschaft das Institut der Verschollenheit herausgebildet hat.

Alle diese Vorschriften haben nach Bruns' Anschauung in der Fassung Constantins den Standpunkt der Verschollenheit zum Grundsatz gehabt. Mit den späteren Aenderungen hat Justinian diesen Standpunkt verlassen und die Voraussetzung der böslichen Verlassung angenommen: [4]) Und dies wird auch sehr wahrscheinlich gemacht durch den von der Frau erforderlichen Antrag auf förmliche Erklärung seitens des Mannes, ob er die Ehe kündige.

Vorschriften, die sich auf die patria potestas bei der Verschollenheit des pater familias oder des Gewaltuntergebenen beziehen, oder sonstige familienrechtliche Wirkungen infolge der Verschollenheit kennt das römische Recht nicht. Wir müssen eben annehmen, dass sich der Römer hier, wie bereits oben angeführt, mit seinem freien Beweissystem half. Mit der richterlichen Entscheidung, die wohl eher eine moralische als eine

1) Band II S. 121 ff.
2) l. 7 Cod. de repudiis 5, 17.
3) Nov. 22 C. 14
4) Bruns S. 101—102.

juristische war, wurde der Tod des Verschollenen als erwiesen angesehen, und alle familienrechtlichen Beziehungen und besonders die Ehe galten ipso jure erloschen, es sei denn, dass die oben behandelten Ausnahme-Bestimmungen Platz griffen. Hieran änderte die Rückkehr des Verschollenen absolut nichts.

Erst die weitere Entwickelung der romanischen Jurisprudenz, die den unsicheren Boden der freien Beweistheorie verliess, gab Italien ein neues System der Verschollenheitslehre, wobei feste und normierte Vermutungen den Beweis stützen mussten. Es entstanden feste Beweisregeln, mit denen der Beweissführer operieren musste, und die ihm vom Richter zuerkannt werden mussten. Gelang es dem Beweisführer, unter diesen Umständen den Beweis des Todes zu erbringen, so musste der Richter antragsgemäss urteilen, selbst wenn er anderer Meinung gewesen wäre und nach seiner moralischen Ueberzeugung unter dem Schutze der freien Beweistheorie anders geurteilt hätte. Es ist klar, dass durch dieses feste Beweissystem die Beweisführung bedeutend erschwert wurde, und daher bildeten sich allmählich zur Erleichterung feste juristische Praesumtionen heraus. So wurde z. B. ohne weiteres der Tod einer verschollenen Person angenommen, die das hundertste Lebensjahr erreicht haben würde, eine Praesumtion, die schon von der Glosse ausgesprochen wurde, allerdings noch ohne jede Beziehung auf die Verschollenheit. Die Anwendung dieser Praesumtion bei der Verschollenheit einer Person erfolgte erst später. Aber es wurde im Einzelnen nicht bis zum hundertsten Lebensjahr gewartet, da die Praesumtion durch den Beweis des früher eingetretenen Todes durchbrochen werden konnte. Noch später bildeten sich auch Gegenpraesumtionen aus der Dauer der Verschollenheit und aus den näheren Umständen heraus.[1])

§ 2.

Im germanischen Recht.

Ueber die Entwickelung der Verschollenheitslehre und ihre Wirkungen im germanischen Recht finden wir in den Quellen keine Aufzeichnungen, und es ist daher unbestimmt, wie hier die Rechtsverhältnisse einer Person, die längere Zeit ohne eine Kunde über ihr Leben oder ihren Tod abwesend ist, behandelt werden. Die einen, unter ihnen Kraut[2]) und auch Dernburg[3]), sind der Meinung, dass jeder Abwesende, gleichgültig ob aus böslicher Veranlassung, allein wegen seiner Abwesenheit solange als ein Toter behandelt wurde, bis er wieder zurückkehrte. Es ist jedoch anzunehmen, dass diese Bestimmung nur eine Strafbestimmung darstellt, zumal da in derselben Bestimmung negotiatores

1) vgl. Bruns Seite 122—125.
2) Band II, Seite 226, 253.
3) Preuss. Priv.-Recht I, § 43.

vel magistri, die länger als 3 Jahre abwesend sind, mit Rechtsnachteilen belegt werden. Deshalb ist es auch nicht möglich, aus einer solchen Bestimmung Grundsätze über Behandlung von Abwesenden und Verschollenen abzuleiten.[1]) Es ist vielmehr mit der herrschenden Ansicht anzunehmen, dass das ältere deutsche Recht keine Grundsätze darüber hatte, wann ein Abwesender als tot anzusehen ist. Andererseits ist nicht anzunehmen, dass man sich hier half wie in Rom, indem man sich im einzelnen Falle von Wahrscheinlichkeitsgründen leiten liess, und zwar aus dem Grunde nicht, weil das ältere deutsche Recht sich bereits an die streng formale Natur des Beweises hielt. Bruns meint Seite 138, „dass sich wohl alle Bedenken damit erledigen, dass, wenn der Kläger die Abwesenheit und ihre Dauer und den Mangel von allen Nachrichten beschwor, dann die Frage, ob der Verschollene noch als lebend zu behandeln sei, mehr als eine Rechtsfrage erscheinen konnte, wobei das Gericht ja ganz freie Hand hatte". Nahm das Gericht unter solchen Umständen den Tod eines Abwesenden an, so wurde nach herrschender Ansicht den nächsten Erben das Vermögen des Verschollenen ausgekehrt unter der Bedingung, dass die Erben eine Kaution dafür einsetzen mussten, dass das Vermögen dem Totgeglaubten nach dessen Rückkehr zurückgegeben würde.[2])

Andererseits ist aber wohl kaum ohne weiteres anzunehmen, dass auf Grund dieser Behandlung der Vermögensverhältnisse die Gattin ohne weiteres das Recht haben sollte, eine neue Ehe einzugehen, wenn auch eine Vermutung des Todes bei Aushändigung des Vermögens bestand. Es lässt sich vielmehr diese Frage wie die übrigen familienrechtlichen Wirkungen im germanischen Recht wegen Mangels von Quellenangaben nicht genau entscheiden. Nach Riesenfeld's[3]) Ansicht half man sich in solchen Fällen durch das Rechtsinstitut des „sik verswigen" (sich verschweigen), um Rechte des Verschollenen zu beseitigen und damit eine gegen den Beweis des Lebens des Verschollenen gesicherte Rechtslage zu schaffen.

Eine andere Vermutung[4]), die aus dem französischen Gewohnheitsrecht hergeleitet wird, das sich im alten deutschen (fränkischen) Rechte wiederspiegelt, und die deshalb auch ihre Gründe für sich hat, ist folgende: War die Frau verschollen, so durfte der Mann ohne weiteres wieder heiraten, weil nach altgermanischem Recht die Ehe eine Kaufehe war, die Frau also gewissermassen ein Vermögensstück repräsentierte, und dieses Vermögensobjekt bei Verschollenheit der Frau verloren war. Im umgekehrten Falle war nach der einen Ansicht eine Wiederverheiratung gegen Kaution — wie oben in vermögensrechtlicher

1) vgl. Riesenfeld S. 14; Bruns S. 134.
2) Riesenfeld S. 15; Gierke Band I, § 42, S. 865; Bruns S. 138—139; Stobbe Band I, S. 803 n. 14.
3) S. 16.
4) Holtzheimer, S. 20 ff.

Beziehung bei Auskehrung des Vermögens an die nächsten Erben — gestattet. Nach anderer Ansicht war die zurückgelassene Ehefrau als Witwe zu betrachten, die zu einer neuen Ehe schreiten durfte, ohne die Volksanschauung zu verletzen. Jedoch musste sie der zweite Ehegatte bei Rückkehr des ersten zurückgeben, weil das deutscher Treue und Sitte entsprach und einem solchen Gebote bei Vermeidung der Fehde Folge zu geben war.

§ 3.

Im gemeinen Recht.

Im 16. Jahrhundert begann in Deutschland die Reception des römischen Rechtes. Zu dieser Zeit hatte sich in Deutschland bereits gewohnheitsrechtlich eine Verschollenheitslehre herausgebildet, die sich mit dem von den Romanisten entwickelten Rechtsinstitut über diese Lehre verband. Wie schon oben erwähnt, waren die Römer in späterer Zeit von ihrem freien Beweissystem abgekommen und zu einer gesetzlichen Beweistheorie mit festen Beweisregeln übergegangen. Dieses System war von den italienischen Romanisten weiter ausgebildet worden, und es wurden juristische Präsumtionen mit festen Terminen eingeführt, da sich der Tod eines Verschollenen nie streng formell beweisen liess. Zwei äussere Umstände haben zur Ausbildung dieses Rechtsinstituts nicht unwesentlich beigetragen: Die Häufigkeit der Verschollenheitsfälle infolge der Kreuzzüge im 11. bis 13. Jahrhundert und die grosse Entdeckung des Seefahrers Columbus im 15. Jahrhundert.

Ein derartig von den Romanisten herausgebildetes Verschollenheitsrecht kam also mit der Reception nach Deutschland. Hier bildeten sich aber alsbald bei der in Deutschland particularistischen Richtung der Gesetzgebung zwei Systeme heraus: das italienisch-sächsische und das französisch-schlesische System. Beide enthielten die von den Römern streng ausgebildeten Beweisregeln. Das erstere System, das nach allgemeiner Ansicht als das gemeinrechtliche galt[1]), fusste auf dem Grundsatze, dass jemand als tot anzusehen sei, wenn er seine äusserste Lebensgrenze, — wofür man anfangs das hundertste Lebensjahr annahm — erreicht habe. Dieses Alter fand sich bereits, wie schon oben erwähnt, in der Glosse vor, allerdings ohne Bezug auf die Verschollenheitslehre und wurde später mit dieser Lehre in Zusammenhang gebracht. Da diese Lebensgrenze jedoch etwas zu weit gegriffen schien, kam man hiervon ab und setzte

1) Bruns S. 152—158; Beseler 226,2 b; Regelsberger S. 250 § 61 Anm. 6; Riesenfeld S. 28; Windscheid-Kipp S. 201 § 53,2 Anm. 1; Gierke Bd. 1 S. 870; a. A. Dernburg, Pandekten 551.

die Grenze auf das 70. Lebensjahr herab, indem man sich, wie allgemein angenommen wird, Vers 10 von Psalm 30 zum Vorbild nahm, in dem es heisst: „Unser Leben währet 70 Jahre“ etc.

Das französisch-schlesische System nahm sich keine Altersgrenze zum Grundsatz, sondern beurteilte die Rechtslage nach der Dauer der Abwesenheit oder nach der Dauer der letzten Nachricht des Verschollenen. Diese Frist war in den verschiedenen Rechten und Zeiten eine andere. Sie schwankte zwischen 30 und 10 Jahren. Beide Systeme blieben bis zur Codification unseres heutigen Rechts bestehen und erst im B. G. B. wurden sie verschmolzen.

Es ist zweifelhaft und von vielen Seiten bestritten, ob in der ersten Zeit dieser beiden Systeme nach Erfüllung der für den vermuteten Tod normierten Bedingungen ipso jure der Tod als eingetreten angesehen werden konnte, oder ob ein besonderes Verfahren erforderlich war. Das erstere dürfte richtig sein, da die Todeserklärung nicht in einem extra zu diesem Zwecke angestrengten Prozesse, sondern immer nur beiläufig, z. B. in einem Prozesse über einen Erbenanspruch, ausgesprochen wurde. Erst später, als die Verschollenheitslehre sich völlig aus- und durchgebildet hatte, kam die neue Form der Todeserklärung durch Benutzung der Edictalien auf. Der Ursprung dieses Systems ist in dem „Torgauer Ausschreiben“ des Kurfürsten August v. Sachsen vom 8. Mai 1583 zu suchen.

Das Edictalverfahren, das sich ganz allmählich ausgebildet hatte, verlief folgendermassen: Wer ein Interesse an der Todeserklärung einer Persönlichkeit hatte, in erster Linie natürlich der Ehegatte, die Erben, der Vormund etc., begab sich zum Richter und suchte dort die durch Praesumtionen normierten Voraussetzungen des Todes zu beweisen. Gelang ihm dieses, so erliess der Richter in der im Jahre 1660 gegründeten „Leipziger Postzeitung“ (den heutigen Leipziger Neuesten Nachrichten) eine öffentliche Aufforderung an den Verschollenen, sich zu melden, widrigenfalls sein Vermögen an die Erben fiele und seine Ehe aufgelöst würde. Blieb eine solche Aufforderung erfolglos, so wurde der Verschollene tür tot erklärt und die angedrohten Wirkungen griffen Platz.

Dabei entstand aber die Streitfrage, wann die angedrohten Wirkungen in Kraft treten sollten, d. h. wann der Tod als eingetreten galt. Es war nämlich zweifelhaft, ob das nach erfolgloser Androhung vom Richter gefällte Urteil constitutive Wirkung hatte, d. h. ob der Tod des Verschollenen in dem Zeitpunkt als eingetreten galt, zu dem der Richter sein Urteil erliess, oder ob das Urteil deklarativ wirkte, und der Verschollene schon nach Ablauf der praesumtiven Fristen als tot anzusehen war, also mit vollendetem 70. Lebensjahre oder nach 30- oder 10jähriger nachrichtenloser Abwesenheit.

In der particularistischen Gesetzgebung in Deutschland wurde diese Frage verschiedentlich behandelt: so hatte das richterliche Erkenntnis in Preussen, Oesterreich, Weimar und in anderen sächsisch-thüringischen Staaten [1]) constitutive Wirkung, in Schleswig-Holstein, Hamburg und Sachsen wirkte das richterliche Erkenntnis deklarativ. Es ist wohl kaum fraglich, dass eine deklaratorische Todeserklärung ein befriedigerendes Ergebnis herbeiführte, ganz besonders bei einer Erben-Qualification. Sollte in einem solchen Falle constitutive Wirkung eintreten, so war es ganz der Willkür des Richters anheimgegeben, durch Hinausschiebung eines Erkenntnisses eventuell einen nicht berechtigten Erben zu begünstigen. [2]) Deshalb nimmt man auch, nicht zum wenigsten der dogmengeschichtlichen Entwickelung folgend, überwiegend an, dass die gemeinrechtliche Todeserklärung deklaratorische Wirkung habe, [3]) natürlich soweit nicht ausdrückliche Bestimmungen, wie oben erwähnt, entgegentreten. Das erlassene Urteil wirkt für und gegen alle, der Verschollene wird rechtskräftig für tot angesehen, d. h. er wird als ein Toter behandelt und seine Rechtsfähigkeit damit beendigt. Es treten also alle rechtlichen Folgen wie bei einem Toten ein: sein Vermögen wird Nachlass, sein Testament wird eröffnet, die Erben werden qualificiert und Dritte erwerben ihre Rechte, wenn z. B. zu ihren Gunsten eine Lebens-Versicherungs-Police bestellt ist.

Eine weitere Streitfrage war die, ob sich die Wirkungen der Todeserklärung nur auf vermögensrechtliche Verhältnisse erstreckten, oder ob sie sich auch auf die Ehe und die mit ihr eng verknüpften persönlichen Rechtsverhältnisse des Verschollenen, wie elterliche Gewalt, Vormundschaft etc. erstreckten. Für die ältere Zeit muss man die Frage verneinen [4]) mit Rücksicht auf den Einfluss, den die Kirche auf die Ehe ausübte, da diese ja in Ehesachen ganz und gar die richterlichen Funktionen auf ihre Schultern nahm. In späterer Zeit aber, als sich die Verschollenheitslehre immer mehr entwickelte und weitere territoriale Gebiete erfasste, erweiterten sich auch gleichzeitig ihre Wirkungen auf neue Rechtsgebiete. Denn der Zweck der Todeserklärung erforderte eine solche Wirkung, da sie ja — als Ersatz für einen nicht zu führenden Beweis des eingetretenen Todes des Verschollenen — alle Rechtsbeziehungen, die sich an den Tod knüpften, klären sollte. Deshalb mussten eben alle Rechtsverhältnisse des Verschollenen wie bei dem wirklich eingetretenen Tode als erloschen gelten. Mithin ist wohl die Ansicht richtig, dass in der späteren Zeit des gemeinen Rechtes die Todeserklärung ihre Wirkungen auf das ganze Gebiet des Familienrechts erstreckte, soweit natürlich nicht andere particularrechtliche Bestimmungen Platz griffen.

1) Bewig S. 9.
2) Hölder Pand. S. 102; Stobbe I S. 314.
3) Gierke I S. 378 Anm. 74 und die hier verzeichnete Literatur.
4) Riesenfeld S. 101 ff.

Demnach erstreckte sich im späteren gemeinen Recht die Wirkung der Todeserklärung auch auf das Eherecht, und hier fragte es sich, wie das Todeserklärungsurteil auf eine bestehende Ehe wirkte. Nach der Ansicht einiger Schriftsteller besitzt das Todeserklärungsurteil nicht die Kraft [1]), ipso jure dem zurückbleibenden Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe zu gestatten, vielmehr sei hierzu ein dem Desertionsprozess analoges Verfahren erforderlich. Die Mehrzahl der Schriftsteller [2]) vertritt aber die Ansicht, der auch als der praktischsten zu folgen ist, dass die Möglichkeit der Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Gatten eine ipso jure eintretende Folge der Todeserklärung ist, da, wie kurz vorher erwähnt, die Todeserklärung genau wie der Tod alle Rechtsbeziehungen für erloschen gelten lässt und nicht nur auf vermögensrechtliche, sondern auch auf familienrechtliche Verhältnisse einwirkt, dass also durch die Todeserklärung der Tod als bewiesen gilt, und die Ehe somit aufgelöst wird, und „dass dies für den andern Ehegatten in dem Sinne als gewiss gelten muss, dass dieser ohne weiteres eine neue Ehe schliessen darf.“ [3])

Da die Todeserklärung, wie schon häufig erwähnt, nur einen Ersatz für den wirklich eingetretenen Tod bildet, so kann sie durch den Beweis des Gegenteils entkräftet werden. Kehrt daher der Verschollene zurück, so ist dies natürlich der treffendste Beweis, dass die im Urteil ausgesprochene Vermutung unrichtig gewesen ist. Hat in einem solchen Falle der zurückgebliebene Ehegatte inzwischen eine neue Ehe geschlossen [4]), wozu er ja befugt war, so fragt es sich, wie die Rechtsordnung jetzt in die alte und neue Ehe einzugreifen hat. Hierbei vertrat das gemeine Recht den Standpunkt, dass der wahre Sachverhalt wieder herzustellen sei, wie er vor der Todeserklärung bestanden hat. Es trat also nicht nur in vermögensrechtlicher, sondern auch in familienrechtlicher Beziehung der alte Rechtszustand wieder ein, wobei natürlich nicht verhindert werden konnte, dass einige Rechtsgeschäfte, die sich im guten Glauben und im Vertrauen auf die Richtigkeit der Todeserklärung abgewickelt hatten, in ihren Wirkungen bestehen blieben. Hieraus folgte, dass der conjux binubus seine Ehe mit dem zurückgekehrten Ehegatten fortsetzen musste und seine zweite Ehe trotz des gesetzlichen Schutzes bei der Eingehung derselben jetzt nichtig war. Sie musste aus dem Grunde nichtig sein, weil ihr nunmehr ein impedimentum dirimens publicum, das Verbot einer Doppelehe,

1) Lehmann S. 32; Beseler I, S. 208; Mittermayer Privatrecht I, S. 361; Eccius, in Holtzendorff Encykl. II. Teil B. II, S. 1075.

2) v. Scheurl S. 271; Bluntschli S. 84 zu 4; Dernburg Band 1, S. 117, Anm. 9; Stobbe I, S. 301, Anm. 34; Unger I, S. 248; Arndts § 26.

3) v. Scheurl S. 271.

4) Bei der deklaratorischen Wirkung der Todeserklärung war es gleichgültig, ob die neue Ehe vor oder nach der Todeserklärung geschlossen war, entscheidend war nur, dass der Toterklärte z. Zt. der neuen Eheschliessung nicht gelebt hat. Aus dem Grunde macht sich nach R. G. IV, S. 38 auch nicht gegen § 171 St. G. B. strafbar, wer vor Erlass der Todeserklärung wieder geheiratet hat.

entgegenstand.[1]) Wollte in einem solchen Falle der zurückgebliebene Ehegatte die Ehe mit dem ersten Ehegatten nicht fortsetzen, weil er von diesem so schmählich im Stiche gelassen wäre, so hatte er einen Scheidungsgrund gegen diesen wegen malitiosa desertio, wenn der zurückgekehrte Ehegatte seine Abwesenheit nicht genügend zu entschuldigen wusste. Da die malitiosa desertio aber nur einen Scheidungsgrund bildete, so musste die zweite Ehe, die stets nichtig war, nochmals geschlossen werden. Man erkennt hier im gemeinen Recht noch immer den Einfluss des kanonischen Rechts. Während von rechtswegen die rechtlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander aufgehoben werden, bleibt dennoch die einmal geschlossene Ehe als Sakrament der katholischen Kirche unlösbar.

Dernburg[2]) und Gierke[3]) möchten der falschen Todeserklärung eine andere Wirkung beilegen. Sie meinen, dass die neue Ehe weiter bestehe und die alte aufgelöst bleibe. Dieser Ansicht ist aus obigen Erläuterungen nicht zu folgen, da die durch die Todeserklärung entstandenen Rechte auf dem unsicheren Boden des vermuteten Todes stehen und deshalb mit der Widerlegung der Vermutung wieder zum Erlöschen kommen müssen. Wenn dieses schon in vermögensrechtlicher Beziehung zugegeben wird, so ist kein Grund vorhanden, diese Wirkung bei der Ehe nicht gelten zu lassen, da es hierfür keine Sondervorschriften gibt. Deshalb scheint mir auch Buchka's[4]) und Friedberg's[5]) Ansicht nicht richtig zu sein, die die zweite Ehe convalescieren lassen wollen, wenn der Toterklärte vor Eintritt der Nichtigkeit der zweiten Ehe gestorben ist. Daher kommen wir für das gemeine Recht zu dem Resultat, dass eine Ehe, die von einem zurückgebliebenen Ehegatten nach der Todeserklärung des verschollenrn Ehegatten geschlossen ist, dann nichtig ist, wenn der Toterklärte auch nur die neue Eheschliessung überlebt hat.

Inbezug auf andere familienrechtliche Wirkungen wäre noch zu erwähnen, dass die aus der neuen nichtigen Ehe hervorgegangenen Kinder als eheliche angesehen werden, sofern nicht beide Elternteile bei der Eheschliessung bösgläubig waren; die Kinder werden also behandelt, wie solche, die in einer Putativehe erzeugt sind.

§ 4.

Im Kanonischen Recht.

Nach dem kanonischen Recht ist die Ehe ein Sacrament, sie ist daher bis zum wirklichen Tode eines Ehegatten unauflösbar. Nach dem Grundsatze „mors non praesumitur" muss

1) Cosack II, S. 453.
2) Dernburg Pand. I S. 121
3) Gierke I S. 879
4) Buchka S. 262 Anm. 3
5) Friedberg S. 310 Anm. 12

der Beweis des Todes völlig erbracht sein, bevor eine Ehe zur Auflösung gelangt. Aus diesem Grunde kann im älteren kanonischen Rechte der Todeserklärung und der aus ihr hervorgehenden grossen Wahrscheinlichkeit des eingetretenen Todes nicht die geringste Wirkung beigelegt werden. Es konnte also ursprünglich ein Ehegatte, der entweder infolge Verschollenheit oder auch nur wegen böslicher Verlassung des anderen Teiles zurückgelassen war, niemals wieder heiraten.

Hier schafften nun die Decretalien von Clemens III.[1]) aus dem Jahre 1188 und von Lucius III.[2]) Wandlung. Es war nach diesen Bestimmungen demjenigen zurückgebliebenen Ehegatten gestattet, eine neue Ehe einzugehen, der von dem Tode des Verschollenen eine moralische Gewissheit, einen „certum nuntium", und eine „firmam certitudinem" beizubringen vermochte.[3])

Eine solche Bedingung war aber so schwierig, dass sie nur sehr selten erfüllt werden konnte, und deshalb war hiermit eine wesentliche Erleichterung für die Eheschliessung eines verlassenen Ehegatten nicht gegeben. Aber auch hier wirkte die Zeit fördernd. Die Häufigkeit der Verschollenheitsfälle und die sich alsdann ergebende Rechtsunsicherheit, die zivilrechtlich allseitig anerkannt und beseitigt wurde, konnte auch im kanonischen Recht nicht unbeachtet bleiben. Und so bildete sich in der katholischen Kirche allmählich ein Verfahren aus, das eine Todeserklärung zur Folge hatte, die wiederum ihre Wirkungen auf die Ehe und das Familienrecht erstreckte. Aber dieses Verfahren wich natürlich vom zivilrechtlichen ab, da der katholischen Kirche bei ihrem strengen Prinzip der Unlösbarkeit einer Ehe ausser durch den Tod die in manchen Zivilrechten massgebende moralische Gewissheit des Todes nicht genügte.[4])

Deshalb kam es bei diesem Verfahren mit Rücksicht auf die Strenge der katholischen Kirche sehr häufig vor, dass bereits ein zivilrechtliches Verfahren dem kirchlichen vorangegangen war, ja es war sogar bisweilen nicht ausgeschlossen, dass ein Eherichter einen Antragsteller zurückwies, der noch kein zivilrechtliches Verfahren eingeleitet hatte, da er aus Gewissensbedenken ein solches zur Grundlage seiner Entscheidungen machte. Wollte daher ein zurückgelassener Ehegatte nach kanonischem Recht eine neue Ehe eingehen, so begab er sich, nachdem ihm selbst genügend Tatsachen und Beweismittel zur Seite standen, mit dem gesammelten Material — also in vielen Fällen mit den zivilrechtlichen Entscheidungsgründen — zum geistlichen Richter und beantragte hier die Einleitung des Todeserklärungsverfahrens gegen

1) Cap. 19 X de spons. et matrim. IV, 1: nullieres, quae viros suos causa captivitatis, vel peregrinationis ultra septennium absentes praestolatae fuerint, nec certificari possunt de vita vel morte ipsorum licet supra hoc sollicitudinem adhibuerint diligentem . . . respondemus quod, quantecunque annorum numero ita remaneant, viventibus viris suis mi[illegible] non possunt ad aliorum consortium canonice convolare, donec certum nuntium recipiant de morte viroum.

2) Cap. 2, X de secundis nuptiis 4.21.

3) Bruns S. 126.

4) v. Schulte Note 10, S. 393.

den Verschollenen. Letzterer wurde alsdann öffentlich in Form einer Edictalladung zum Erscheinen aufgefordert. Blieb diese Ladung fruchtlos, so machte der geistliche Richter sich an die Prüfung des ihm vor dem Edictalverfahren zugetragenen Materials. Diese Prüfung geschah auf das Eingehendste, und das Urteil erging dann entsprechend dem strengeren Standpunkt der katholischen Kirche, die für die Eheauflösung entweder den bestimmten Beweis des Todes verlangte, oder eine derart „moralische Gewissheit, dass durch sie jeder vernünftige Zweifel an dem Tode des Verschollenen ausgeschlossen wird".[1])

So erfolgten häufig Entscheidungen, die dem zivilrechtlichen Urteil nicht folgen konnten, besonders deshalb nicht, weil die katholische Kirche ihr Urteil nicht mit Rücksicht auf die entstandenen unsicheren Rechtszustände fällte, sondern allein im Hinblick auf die in ihrer religiösen Anschauung begründete Unlösbarkeit der Ehe. Es waren deshalb dem Eherichter besonders scharfe Bestimmungen an die Hand gegeben, die wir aufgezeichnet finden in der „supremae Sacrae Congregationis Inquisitionis Instructio ad probandum obitum alicuius conjugis" vom 13. Mai 1868 (erläutert durch die Instructionen vom 6. Mai 1891), ferner in der „Instructio de judiciis ecclesiasticis circa causas matrimoniales edita a Sacra Congregatione de propaganda fide" von 1883.[2]) In diesem Verfahren sind nur glaubwürdige Zeugen über den erfolgten Tod des Verschollenen zu vernehmen, sie müssen entweder Augenzeugen sein oder solche Zeugen, die „re vera accidisse affirmaverint". Ja, es waren sogar dem Eherichter Instructionen erteilt, wonach er an die Zeugen ganz bestimmte Fragen zu richten und ganz genau fixierte Beweisregeln anzuwenden hatte.[3]) Besonders traten auch subjective und objective Umstände, die in der Person des Verschollenen begründet waren, in Erwägung, es wurde z. B. genau die Ursache seines Weggehens erforscht, ob aus Geschäftsrücksichten, oder aus Vergnügen, oder ob bösliches Verlassen vorlag, und dann erst wurde Alter und Gesundheitszustand des Verschollenen berücksichtigt.

Gewann nun der geistliche Richter auf Grund seiner positiven Vorschriften und auf Grund aller Nebenumstände die feste moralische Überzeugung, dass der Verschollene gestorben war, so wurde die Todeserklärung ausgesprochen. Hiermit erlangte aber der zurückgebliebene Ehegatte noch nicht das Recht, eine neue Ehe einzugehen. Vielmehr musste der „defensor matrimonii" (der heutige Staatsanwalt) ex officio Berufung gegen ein solches Erkenntnis einlegen, und erst wenn dieses zweite Erkenntnis das erste bestätigte, stand einer neuen Eheschliessung nichts im Wege.

1) Dziekan S. 8, Anm. 4.

2) Archiv für kathol. Kirchenrecht B. 67, S. 339 ff. u. S. 336 ff. u. Bd. 54, S. 60 ff.

3) Archiv für kath. Kirchenrecht Bd. 54, S. 60 ff.

Wie stand es aber, wenn nun trotz dieser schweren Bestimmungen zur Erlangung eines Todeserklärungsurteiles und trotz aller angewandten Umsicht die Todesvermutung falsch war? Man sollte glauben, dass das kanonische Recht den Bestand einer unter solch schwierigen Verhältnissen zustande gekommenen Ehe schützen würde. Aber nicht im geringsten. Hier trat wieder der schroffe Standpunkt der katholischen Kirche in den Vordergrund, der die Ehe als einen „perpetuus indissolubilisque nexus" ansah. Stellte sich heraus, dass der für tot Erklärte zur Zeit der neuen Eheschliessung noch am Leben war, so war die neue Ehe nichtig, und die alte Ehe hatte immer weiter bestanden, da die Ehe als eine nach göttlichem Recht eingesetzte Institution nur durch den Tod gelöst wurde. In einem solchen Falle stellte sich das Todeserklärungsurteil als eine „sententia contra matrimonium lata" heraus, die irrtümlich erlassen war, und konnte niemals unbedingt rechtskräftig werden, sondern musste jederzeit wieder aufgehoben werden, wenn sich der Irrtum aufklärte.[1]) Demnach gewährte die Todeserklärung im kanonischen Recht zwar die Möglichkeit einer neuen Ehe, und diese Ehe wurde auch im Hinblick auf den tatsächlichen Tod des Verschollenen solange geschützt, bis sich das Gegenteil herausstellte, alsdann war aber die zweite Ehe ohne weiteres wegen des impedimentum bigamiae nichtig. Daraus, dass bei der neuen Eheschliessung die Tatsache des Todes das Hauptmoment bildete, ergab sich auch, dass die Todeserklärung an sich zwar falsch sein konnte, d. h. dass der Verschollene zur Zeit der Todeserklärung wohl am Leben gewesen sein konnte, wenn der Tod nur vor der neuen Eheschliessung, das ist vor dem Zeitpunkte der Consenserteilung erfolgt war.[2]) In einem solchen Falle war die alte Ehe durch den wirklichen Tod tatsächlich aufgelöst. Es war hierbei gleichgültig, ob einer der Ehegatten bös- oder gutgläubig war, es kam allein auf den objectiven Tatbestand an. Doch im internen Eheverhältnis durfte der bösgläubige oder zweifelnde Gatte das debitum conjugale nicht fordern, sondern nur leisten.[3]) Anders hingegen war es, wenn der Tod des Verschollenen nach Eingehung der neuen Ehe erfolgt war, die zweite Ehe wurde in diesem Falle nicht geschützt, sie war einfach nichtig, während die erste Ehe fortbestanden hatte. Wollten die so Verbundenen aber als Ehegatten weiter zusammen leben, so konnten sie die Eheschliessung wiederholen.[4])

Hatte nun auch im letzteren Falle die alte Ehe ohne weiteres fortbestanden und war die neue Ehe nichtig, wenn der verschollene Ehegatte den Zeitpunkt der Konsenserteilung für die neue Ehe überlebt hatte, so blieb die zweite Ehe doch nicht ganz wirkungslos. Gewisse familienrechtliche Wirkungen knüpften

1) Cap. 7, X de sententia et re judicata II, 27.

2) Cap. 2 X de secundis nuptiis IV, 21.

3) vgl. Kutschker I S. 219; Richter S. 254 ad decretum de reformato matrimonio (Entsch. der Congr. Conc. in causa Smyrn. v. 9. September 175)

4) Cap. 7,8 X de eo, qui duxit in matrimonium polluit per adulterium (IV, 7

sich dennoch aus Billigkeitsrücksichten an den Bestand der neuen Ehe. War nämlich auch nur ein Ehegatte der neuen Ehe gutgläubig, so kamen der neuen Ehe, genau wie im B.G.B., die Wohltaten einer Putativehe zugute, d. h. es traten gewisse Folgen einer gültigen Ehe ein, z. B. galten die in dieser Ehe erzeugten Kinder als ehelich, und zwar unabhängig von dem Willen ihrer Eltern. Es ist dies eine Folge der im kanonischen Recht geltenden „favor matrimonii". [1]) Hierbei war es aber nicht ausgeschlossen, dass der bösgläubige Ehegatte wegen Bigamie strafbar blieb. Aber auch in dem Verhältnis der Ehegatten zueinander traten in obigem Falle die zivilrechtlichen Folgen einer gültigen Ehe ein.[2]) War nur einer gutgläubig, so trat nur für diesen die Begünstigung ein, falls er nicht darauf verzichtete. Erlangten die Ehegatten während der neuen Ehe Kenntnis vom Fortleben des Verschollenen, so fielen naturgemäss von diesem Zeitpunkt die Wohltaten der Putativehe fort, da in einem solchen Falle das Ehehindernis des Ehebruchs vorlag.

§ 5.

Im evangelischen Kirchenrecht.

Das ältere evangelische Kirchenrecht glich dem kanonischen insofern, als es bestrebt war, die alte Ehe nach Kräften aufrecht zu erhalten. So wurde die Ehe keinesfalls durch die Todeserklärung gelöst. Zwar hatte die Reformation die Sacramentsnatur der Ehe verworfen und den weltlichen Charakter derselben anerkannt, d. h. die Möglichkeit der Auflösung einer Ehe durch ein richterliches Urteil zugegeben, aber dennoch musste der Tod eines Verschollenen ebenso strikte bewiesen werden, wie im kanonischen Recht, eine Todesvermutung war ausgeschlossen. Wollte jemand, dessen Ehegatte verschollen war, eine neue Ehe eingehen, so war ein besonderes, in den einzelnen Rechtsgebieten verschieden geregeltes Edictalverfahren nötig, das teils dem Desertionsprozesse zwecks Scheidung ähnelte, teils dem gewöhnlichen Verfahren bei der Todeserklärung gleichkam. Ein solches Verfahren wurde in frühester Zeit vor den geistlichen Ehegerichten geführt, erst später fand nach der unter der Herrschaft des Territorialsystems stattgehabten Aufhebung der geistlichen Gerichtsbarkeit das Todeserklärungsverfahren vor den weltlichen Gerichten statt.

War nun das Todeserklärungsverfahren für den Antragsteller von Erfolg, so stand ihm das Recht zu, eine neue Ehe einzugehen. Doch entstand hier die Streitfrage, wie zu verfahren war,

1) Cap. 2, 8; 11, 14 X qui filii sint legitimi (IV, 17).

2) Scherer II., 1 § 602.

wenn der Verschollene nach der neuen Eheschliessung noch lebte oder gar zurückkehrte. War in einem solchen Falle die alte Ehe durch die Eingehung der neuen aufgelöst oder trat auch hier der schroffe Standpunkt der katholischen Kirche in den Vordergrund, dass die neue Ehe ohne weiteres nichtig war? Die eine Meinung geht dahin, dass es bei der milderen Auffassung der evangelischen Kirche und bei dem weltlichen Charakter der Ehe wohl nicht anzunehmen sei, dass die zweite Ehe, die doch unter dem Schutze der Kirche zustande gekommen sei, ohne weiteres bei Rückkehr des ersten Ehegatten nichtig sei.[1]) Begründet wird diese Meinung dadurch, dass die evangelische Kirche nicht an dem starren Standpunkt der katholischen insofern festgehalten habe, dass dem Staat überhaupt keine Jurisdictionsgewalt in Ehesachen zustehe, und dass sie als Auflösungsgründe der Ehe nicht nur den Tod, sondern auch die Scheidung dem Bande nach durch richterlichen Ausspruch kenne. Aus dieser Begründung und aus der Tatsache, dass die evangelische Kirche dem kanonischen Prinzip „Annullationserkenntnisse in Ehesachen können niemals unabänderlich rechtskräftig werden“[2]) nicht strikte gefolgt ist, wird gefolgert, dass die Ehe mit dem Verschollenen rechtskräftig geschieden, die neue Ehe gültig und vom Leben des Toterklärten unberührt bleibt.

Es dürfte aber wohl bedenklich sein, diesen Erwägungen zu folgen. Denn in erster Linie steht es wohl fest, dass das evangelische Kirchenrecht sich aus dem älteren kanonischen heraus entwickelt hat, sodann hat die evangelische Kirche, wie schon oben erwähnt, nicht nur das Verfahren zum Zwecke der Todeserklärung vom kanonischen Recht übernommen, sondern auch die Wirkung der Todeserklärung auf die bestehende Ehe; deshalb wird hier auch wohl in derselben Weise verfahren sein, wenn der totgeglaubte Ehegatte zurückkehrt. Jedenfalls ist es meines Erachtens unrichtig, dem richterlichen Erkenntnis, das die Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung gestattet, einfach die Wirkung eines Scheidungsdecretes beizulegen, wie einige wenige Commentatoren es wollen.[3]) Denn, hat der Zurückgebliebene von dem Rechte der Wiederverheiratung keinen Gebrauch gemacht, so besteht die alte Ehe ohne weiteres fort, und es ist keine neue Eheschliessung bei Rückkehr des verschollenen Ehegatten erforderlich. Man muss weiter bedenken, dass das Todeserklärungsverfahren nicht allein deshalb eingeleitet wird, um eine neue Ehe eingehen zu wollen, sondern wohl vielfach zwecks Feststellung der Erbschaftsansprüche gegen den Verschollenen. Deshalb wird m. E. durch das Erkenntnis beim Todeserklärungsverfahren keine Scheidung der alten Ehe ausgesprochen, sondern nur bestätigt, dass die Wirkung des Erkennt-

1) Richter S. 1192, Note 12; Eichhorn II, S. 461.

2) vgl. Cap. 7, X de sententia et re judicata (II 27)

3) Richter S. 1192. Eichhorn II, S. 461; Dziekan S. 12.

nisses sich auch auf die Ehe ausdehnt, sodass aus diesem Grunde die alte Ehe als beendigt anzusehen ist, und der Weg zur Eingehung einer neuen Ehe offen steht. Stellt sich dann aber heraus, dass die Todeserklärung zu Unrecht ergangen ist, so müssen auch die sich hieran knüpfenden Wirkungen hinfällig sein und die früheren Rechtsverhältnisse wieder eintreten. Demnach muss bei der Rückkehr des Verschollenen die zweite Ehe nichtig sein, weil die Voraussetzung zur Gestattung einer neuen Ehe, der Tod des ersten Ehegatten, sich als falsch erwiesen hat. Freilich treten auch hier, wie im kanonischen Recht, die Wohltaten einer Putativehe ein. Diesen Standpunkt vertreten auch die meisten Schriftsteller[1]), und es dürfte deshalb auch im evangelischen Kirchenrecht bei Rückkehr des verschollenen Ehegatten die zweite Ehe nichtig sein, weil ihr ein impedimentum dirimens publicum entgegensteht.

Wie steht es nun aber, wenn der erste Gatte zwar die neue Eheschliessung überlebt hat, aber vor Geltendmachung der Nichtigkeit der zweiten Ehe gestorben ist? Wir haben gesehen, dass im kanonischen Recht in einem solchen Falle die zweite Ehe nichtig ist und zum Fortbestehen derselben die Eheschliessung wiederholt werden muss. Im evangelischen Kirchenrecht tritt nach der Ansicht verschiedener Schriftsteller[2]) bei solcher Sachlage Convalidierung der zweiten nichtigen Ehe ein, sodass eine neue Eheschliessung nicht erforderlich ist. Diese Ansicht wird vertreten mit Rücksicht auf den weniger strengen Standpunkt der evangelischen Kirche, die der Ehe einen weltlichen Charakter zugeschrieben und ihr eine sacramentale Bedeutung nicht beigelegt hat. Da ferner für die Ehegatten kein Hindernis bestehen würde, sofort nach Erkennen der Nichtigkeit der zweiten Ehe diese zu erneuern, so wird diese Ansicht als zweckmässig und nicht unberechtigt bezeichnet.

In den deutschen Particularrechten.

§ 6.

Im preussischen allgemeinen Landrecht.

In Preussen wurde das Verschollenheitsrecht zunächst durch das Edict vom 23. Oktober 1763 geregelt. Hiernach konnte für tot erklärt werden, wer in einem Zeitraum von 10 Jahren nichts von sich hatte hören lassen. Die in diesem Edict enthaltenen Bestimmungen wurden, nachdem Veränderungen und weitere Ausführungen, die dem praktischen Bedürfnisse entsprachen, vorgenommen waren, vom allgemeinen Landrecht (vom 5. Februar 1794) übernommen.

1) Bartels S. 377; Schmidt-Habicht S. 134; Meyer S. 688; Hauber II, S. 119; Jacobson S. 523, Anm. 7.
2) Friedberg S. 310, Anm. 10; Bartels S. 277; Kuhlenbeck S. 91; Motive z. B. G. B. S. 641.

Das Verfahren selbst war folgendermassen geregelt: Antragsberechtigt waren die nächsten Verwandten und der Ehegatte des Verschollenen, ausserdem aber auch noch diejenige Person, die an dem Nachlass besonders interessiert war, z. B. der Inhaber einer auf den Tod des Verschollenen gestellten Lebens-Versicherungspolice.[1]) Der Antrag war bei dem Gerichte zu stellen, bei dem der Verschollene seinen letzten Wohnsitz hatte, oder in Ermangelung eines solchen an seinem letzten Aufenthaltsort im Inlande. Der Antrag war begründet, wenn seit der letzten Kunde von dem Verschollenen ein Zeitraum von 10 Jahren verflossen war. Diese Frist konnte in folgenden Fällen erhöht oder ermässigt werden: War der Verschollene bei seinem Fortgange noch nicht volljährig, so erhöhte sich die 10jährige Frist um die an der Volljährigkeit fehlenden Jahre — also vor dem Reichspersonenstand-Gesetz vom 6. Februar 1875 war der früheste Zeitpunkt das 35. Lebensjahr —, war der Verschollene bei seinem Fortgange bereits 65 Jahre alt, so ermässigte sich die 10jährige Frist auf 5 Jahre. Wenn nun kein Antragsberechtigter vorhanden war, oder dieser verzichtet hatte, so hatte im Interesse des Staates, damit dieser den Nachlass des Verschollenen als erblos in Besitz nehmen konnte,[2]) der Vormund, der dem Abwesenden bestellt war, die Todeserklärung zu beantragen. Waren alsdann die zur Begründung des Antrages auf Todeserklärung erforderlichen Tatsachen glaubhaft gemacht, und hatte sich der Antragsteller zur eidlichen Bekräftigung der Tatsachen bereit erklärt, so wurde der Verschollene unter Innehaltung bestimmter Fristen öffentlich geladen und nach fruchtlosem Verlauf dieser Fristen durch ein förmliches Erkenntnis für tot erklärt.[3]) Dieses Erkenntnis war constitutiver Natur, und somit wurde der Tod des Verschollenen mit der durch Verkündigung eingetretenen Rechtskraft des Erkenntnisses als erfolgt angesehen.

Ebenso wie das B. G. B. kannte auch schon das A. L. R. bei Kriegsverschollenheit und Seegefahr eine Verkürzung der normalen Fristen. Lagen daher nicht nur negative Anzeichen für den Tod des Verschollenen vor, wie mangelnde Nachrichten, sondern auch positive Merkmale, wie schwere Verwundung in einem Kriege[4]) und die Tatsache der Verschollenheit nach einem stattgehabten Schiffbruch,[5]) so konnte ein Verschollener, der im Kriege schwer verwundet war oder sich auf einem untergegangenen Schiffe befunden hatte, schon nach einjähriger nachrichtenloser Frist resp. ohne jede Frist für tot erklärt werden.

Im Gegensatz zum kanonischen und gemeinen Recht versagte das A. L. R. dem Fortleben des einmal für tot erklärten

1) A. L. R. II, 1 § 602; II, 8 § 2206.
2) A. L. R. II, 16 § 16.
3) A. L. R. II, 18 § 833.
4) A. L. R. I, 1 § 85; E. G. z. C. P. O. § 16, 1; vgl. ferner Ges. vom 24. II. 1868 u. 2. IV. 1842.
5) A. L. R. I, 1 § 86, an dessen Stelle trat das Gesetz vom 24. II. 1851.

Ehegatten jede Einwirkung auf die neue Ehe. Auch gab das Ausschlussurteil bei erfolgter Todeserklärung dem zurückgebliebenen Ehegatten ohne weiteres das Recht, eine neue Ehe einzugehen. Dass alsdann die neue Ehe gültig und unanfechtbar war, hatte wohl seine Begründung einerseits darin, dass in sehr vielen Fällen, in denen der erste Gatte noch leben sollte, die Tatbestandsmerkmale des böslichen Verlassens vorlagen, andererseits schützte der Staat im eigenen Interesse eine solche neue Ehe, weil ein geordnetes, auf guter Grundlage beruhendes Familienleben die Stärke und Stütze eines Staates bedeutet. Würde der Staat also eine mit seiner Erlaubnis geschlossene neue Ehe nicht schützen, so würde sich wohl mancher einsichtige Mann hüten, unter obigen Verhältnissen eine neue Ehe einzugehen. Das Nachsehen hätte also dann der Staat. Da nun der Staat nach erfolgter Todeserklärung die Eingehung einer neuen Ehe gestattete und sie auch schützte, so war es selbstredend, dass er auch den Willen gehabt hatte, die alte Ehe aufzulösen, da doch die Möglichkeit einer Rückkehr des Verschollenen stets gegeben war, und in einem solchen Falle bei Nichtauflösung der ersten Ehe Bigamie vorliegen würde. Das A. L. R. sagt aber nicht ausdrücklich, mit welchem Zeitpunkt die Auflösung der alten Ehe erfolgt war, und infolgedessen hatten sich hier verschiedene Meinungen unter den Commentatoren gebildet.

Nur wenige[1]) Schriftsteller vertreten die Ansicht, dass die alte Ehe erst mit der Schliessung einer neuen aufgelöst wird. Eine solche Auffassung steht auch m. E. im Widerspruch mit verschiedenen Gesetzesstellen. So lauten z. B. II, 1 §§ 665,666: „Wird ein Ehegatte durch Urteil und Recht für tot erklärt, so findet die Erbfolge in sein Vermögen ebenso statt, als wenn er am Tage des publicierten Urteils wirklich gestorben wäre. Dem anderen Ehegatten steht es alsdann frei, sich wieder zu verheiraten; und diese Ehe besteht, wenn auch der Verschollene wieder zurückkehrt.“ Es wird hierdurch freilich nicht ausdrücklich gesagt, zu welchem Zeitpunkt die Ehe mit dem Verschollenen aufgelöst wird; aber man kann aus der Stellung und Wortfassung folgern, dass, ebenso wie das Vermögen des Verschollenen mit Verkündung des Todeserklärungsurteils Nachlass wird und auf die Erben übergeht, gleichfalls die Ehe mit diesem Zeitpunkt aufgelöst wird, da nach analoger Anwendung obiger Gesetzesstelle auch hier eine solche Rechtslage eintreten muss, wie wenn der verschollene Ehegatte am Tage des publicierten Urteils wirklich gestorben wäre. Weshalb soll man auch annehmen, dass das Gesetz, das im übrigen an keiner Stelle etwas von dem Zeitpunkt der Eheauflösung erwähnt, wohl aber die Auflösung zugibt, gerade in dem Zeitpunkt des Rechtseintritts von der sich auf alle Rechtsverhältnisse des Verschollenen ausdehnenden Wirkung der Todeserklärung abweiche? Des weiteren

1) Küppers S. 38; Riesenfeld S. 140, 171; Scherer S. 862; Sicherer S. 220.

spricht § 667 für diese Ansicht, wo es heisst: „Wenn aber die anderweitige Verheiratung nicht geschehen ist, so wird bei erfolgender Rückkehr des Verschollenen die vorige Ehe als fortdauernd angesehen.“ Aus diesem Paragraphen kann man durch argumentum e contrario ohne weiteres folgern, dass schon das Todeserklärungsurteil die Ehe auflöst. Denn wenn die alte Ehe erst mit der Schliessung der neuen aufgelöst werden soll, dann wird die alte Ehe bis zu diesem Zeitpunkt bestehen und es dürfte sich § 667 erübrigen. Kehrt nämlich der Verschollene zurück, bevor der andere Ehegatte zu einer neuen Ehe geschritten ist, so kann bei letzterer Annahme der Zeitpunkt der Eheauflösung ja noch garnicht eingetreten sein und § 667 braucht nicht extra zu bestimmen, dass die Ehe als fortdauernd anzusehen ist, geschweige denn von einer „vorigen Ehe“ zu reden. Der Zweck dieser Gesetzesbestimmung wird aber klar, wenn wir davon ausgehen, dass bereits das Todeserklärungsurteil die alte Ehe aufgelöst hat. Kehrt unter dieser Berücksichtigung der Verschollene zurück, bevor der andere Ehegatte wieder geheiratet hat, so sind zwei Möglichkeiten gegeben: entweder muss die alte Ehe neu geschlossen werden, oder sie kann durch die Rückkehr des Verschollenen, wie es in anderen Gesetzen ebenfalls gehandhabt wird, convalescieren, d. h. die alte Ehe kann, da sich nunmehr herausgestellt hat, dass die Voraussetzungen, die zur Todeserklärung geführt haben, der Wirklichkeit nicht entsprechen, ohne weiteres wieder zur Geltung kommen. Und letzteres hat der Gesetzgeber hier zweifellos gewollt. Er hat den beiden Gatten ersparen wollen, von neuem die Ehe einzugehen. Als letztes und wichtigstes Moment kommt für die vertretene Ansicht, dass nämlich allein das rechtskräftige Todeserklärungsurteil die alte Ehe auflöst, der Umstand in Betracht, dass der Gesetzgeber die Bestimmungen, die dem Antragsteller über den Zeitpunkt seiner Antragstellung auf Todeserklärung vorgeschrieben sind, unter einen Titel setzt, dessen Ueberschrift lautet: „Trennung der Ehe durch richterlichen Ausspruch.“ Nach diesen Beweisen dürfte obige, ebenfalls von den meisten Schriftstellern [1]) vertretene Ansicht die richtige sein, dass nämlich im A.L.R. bereits das mit der Verkündung rechtskräftige Todeserklärungsurteil die Ehe auflöst.

Jetzt tritt aber die Frage an uns heran, wie zu verfahren ist, wenn irgend ein Ehegatte der neuen Ehe oder gar beide bösgläubig sind, d. h. wenn irgend ein Teil der neuen Ehe oder beide Kenntnis vom Fortleben des Verschollenen bei der neuen Eheschliessung gehabt haben? Nach A.L.R. II, 1 § 945 in Verbindung mit §§ 936 und 942 ist die neue Ehe in allen diesen Fällen nichtig, selbst dann, wenn der Verschollene vor der Nichtigkeitserklärung gestorben ist, es tritt hier also keine

1) Dernburg Preuss. Priv. echt III S. 51 Anm. 18; Foerster-Eccius I S. 95, IV S. 22; Engelmann S. 406; Erler S. 21; Richter S. 1191 Anm. 12; Habicht S. 55; Fischer S. 49.

Convalescenz ein. Eine Erklärung hierfür ist darin zu suchen, dass das Todeserklärungsurteil, auf dessen Basis die Eheauflösung und Erlaubnis zu einer neuen Ehe beruht, den Tatsachen nicht entsprochen hat, und dass der bösgläubige Antragsteller sich geradezu eines Betruges gegen das Gesetz [1]) durch Verschweigung wahrer Tatsachen oder infolge falscher Angaben schuldig gemacht hat, wenn anzunehmen ist, dass er das Fortleben des Verschollenen nicht erst nach Erwirkung des Urteils erfahren hat. Freilich muss dann auch der unschuldige Teil büssen, und dies stellt eine Härte dar, die das B. G. B. aufgehoben hat.

Als besondere familienrechtliche Wirkungen einer solchen nichtigen Ehe wäre zu erwähnen, dass aus ihr nie Rechte und Pflichten einer vollgültigen Ehe entspringen können. Sogar den Kindern gegenüber treten Beschränkungen ein, indem sie nicht vollends wie die sonstigen Kinder einer Putativehe behandelt werden. Sie gelten nämlich nur als ehelich unmittelbar ihren Eltern und den in derselben Ehe erzeugten Geschwistern gegenüber. Eine solche Beschränkung der Rechte bei Bösgläubigkeit auch nur eines Elternteiles erscheint uns zu hart, entspricht aber der im A. L. R. unehelichen Kindern gegenüber im allgemeinen geübten Härte. [2])

§ 7.

In Bayern.

Im älteren bayrischen Recht fanden sich in der particulären Gesetzgebung verschiedene Todeserklärungssysteme vor. Teils war nach dem sächsischen System die höchste Altersgrenze von 70 Jahren entscheidend, teils nach dem schlesischen System die Dauer der nachrichtenlosen Verschollenheit und teils wurde auch nach freiem richterlichen Ermessen geurteilt. Erst das A. G. zur C. P. O. vom 23. Februar 1879 schaffte in Verbindung mit dem Bayrischen Gesetz von 19. Dezember 1873 [3]), die seit 1. Oktober 1879 in Kraft traten, für Bayern ein einheitliches Verschollenheitsrecht. Diese Gesetze trafen bezüglich der Todeserklärung und ihrer Wirkungen Bestimmungen, die im ganzen bayrischen Königreiche Geltung hatten mit Ausnahme der Pfalz, wo der weiter unten zu behandelnde code civil bestehen blieb.

Das Verfahren selbst gestaltete sich folgendermassen: Antragsberechtigt waren die nächstberechtigten Erben, der Ehegatte und eventuell der Curator. Dem gemeinrechtlichen Edictalverfahren entsprechend erfolgte alsdann ein richterliches Aufgebotsverfahren, in dem der Verschollene aufgefordert wurde, sich innerhalb der Aufgebotsfrist zu melden, widrigenfalls er für tot erklärt würde. Ein solches Aufgebotsverfahren hatte zur Bedingung, dass der Verschollene bei erreichter Volljährigkeit

1) Dziekan S. 19.

2) II, 2 § 689, 3 § 6.

3) Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern, Jahrgang 1874, S. 27.

10 Jahre und bei unbekanntem Alter 15 Jahre nachrichtenlos abwesend war. Hatte der Verschollene bei seiner Entfernung oder mit seiner letzten Nachricht bereits das 60. Lebensjahr vollendet, so genügte für den Todeserklärungsantrag die Vollendung des 70. Lebensjahres; war er erst mit vollendetem 65. Lebensjahr verschwunden, so begründete ein 5 jähriger nachrichtenloser Zwischenraum den Antrag (A. G. C. P. O. 103, 105).

Befand sich auf einem in dieser Weise erlangten Todeserklärungsurteil der Vermerk, dass ein Rechtsmittel gegen dieses nicht mehr statthaft wäre, so wurde ein solches Urteil bei einer Wiederverehelichung als Sterbeurkunde[1]) angesehen, und somit gelangte durch ein mit diesem Vermerk versehenes Todeserklärungsurteil die alte Ehe zur Auflösung. Demnach war im bayrischen Recht bei der Verschollenheit nach voraufgegangenem Todeserklärungsverfahren die Eingehung einer neuen Ehe gestattet, wobei die alte Ehe mit Rechtskraft des näher motivierten Todeserklärungsurteils zur Auflösung gelangte.

Da nun aber durch die Todeserklärung nur der vermutete Tod des Verschollenen ausgesprochen wurde, so wurde bei seiner Rückkehr diese Vermutung widerlegt, was zur Folge hatte, dass eine neu geschlossene Ehe nichtig war und die alte fortbestand und auch wider Willen des conjux binubus fortgesetzt werden musste.[2]) Es wurde aber auch hier bei Gutgläubigkeit der Ehegatten der zweiten Ehe hinsichtlich des Todes des Verschollenen der neuen Ehe die Wohltat einer Putativehe gewährt, d. h. bezüglich der Ehegattenrechte zueinander und der Ehelichkeit der Kinder aus der zweiten Ehe traten in einem solchen Falle keine rechtlichen Nachteile ein. War jedoch Gutgläubigkeit nicht vorhanden, so waren die Kinder unehelich und ihre Rechte aus dieser Ehe wurden ihnen genommen.

§ 8.

In Sachsen.

Nach dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche vom 2. Januar 1863 konnte jemand für tot erklärt werden, der 20 Jahre nachrichtenlos abwesend war. Hatte er aber die Volljährigkeit noch nicht erreicht, so traten diese fehlenden Jahre zu den 20 Jahren hinzu. Bei Kriegs- und Seeverschollenheit, sowie bei vollendetem 65. Lebensjahre des Verschollenen ermässigte sich die oben bedingte Frist auf 5 Jahre. Antragsberechtigt waren die Verwandten des Verschollenen und diejenigen

1) Sicherer S. 222; Roth S. 182; Völk S. 103.
2) A. G. z. C. P. O. Art. 118, 121.

Personen, die an der Todeserklärung des Verschollenen ein rechtliches Interesse hatten. Die Todeserklärung erfolgte, nachdem ein Aufgebotsverfahren (Edictalverfahren) und ein nach den Vorschriften des sächsischen Gesetzes vom 4. März 1879 §§ 15—17, sowie der C. P. O. §§ 946—976 geregeltes Verfahren voraufgegangen war. Die Todeserklärung hatte deklaratorische Wirkung, und als Todestag wurde der Tag vermutet, der durch Ablauf der Frist gegeben war, durch die der Antrag bedingt wurde. Da der Tod aber nur vermutet wurde, also eine praesumtio juris darstellte so konnte sowohl die Todeserklärung wie die daraus gefolgerten Wirkungen durch den Beweis des Gegenteiles widerlegt werden, soweit die Wirkungen ohne Beeinträchtigung schutzwürdigerer Interessen wieder ausgeglichen werden konnten.

Im älteren sächsischen Recht wurde die Ehe nach der gehandhabten Praxis, genau wie wir es im A. L. R. gesehen haben, bereits mit dem Todeserklärungsurteil zur Auflösung gebracht.[1]) Diese Praxis wurde aber mit Einführung des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches aus Rücksicht auf die widerlegbare Natur der Todeserklärung nicht beibehalten. Nach dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch gelangte die Ehe nicht mit dem Termin zur Auflösung, der nach Ablauf der 20jährigen resp. 5jährigen Frist im Todeserklärungsurteil festgesetzt war, sondern hier war ein besonderes Verfahren nötig. Derjenige, der eine neue Ehe eingehen wollte, musste vor Gericht die eidliche Versicherung abgeben, „dass er nicht wisse, dass der abwesende Ehegatte noch am Leben sei.“[2]) Erst dann konnte der zurückgebliebene Ehegatte vom Ehegericht die Erklärung verlangen, dass seine Ehe mit dem Verschollenen als in dem im Todeserklärungsurteil angegebenen Zeitpunkt als beendigt anzusehen sei. Alsdann stand einer Neuvermählung gesetzlich nichts entgegen.

Die ehegerichtliche Erklärung hatte ebenso wie das Todeserklärungsurteil deklaratorische Wirkung, weil dieses Verfahren nur für die beabsichtigte neue Ehe gegeben war und mit Rücksicht auf diese neue Ehe die Todeserklärung bestätigen sollte und somit auch nur eine Vermutung der Eheauflösung aussprach. Aus diesem Gesichtspunkte heraus war eine Ehe gültig, die zwar nach dem im Todeserklärungsurteil festgesetzten vermuteten Todestage aber vor der ausserdem noch erforderlichen Erklärung des Ehegerichts eingegangen war, wenn der Verschollene nicht wiederkehrte.[3])

Stobbe[4]) bezeichnet das ehegerichtliche Verfahren, das neben der Todeserklärung zwecks Eingehung einer neuen Ehe erforderlich war, als Desertationsprozess. Dieser Ansicht dürfte

1) Siebenhaar, Komm. S. 90.
2) § 1708.
3) Siebenhaar S. 78.
4) I. S. 275 Anm. 34, S. 288 Anm. 48.

nicht beizupflichten sein, weil, wie schon oben erklärt, durch den gerichtlichen Ausspruch die Auflösung der Ehe nicht wie bei einem Scheidungsurteil herbeigeführt wurde, sondern nur vermutet wurde, dass die Ehe in dem Zeitpunkt, der im Todeserklärungsurteil festgesetzt war, beendigt wäre. Weil sich also die in § 43 ausgesprochene Todesvermutung auch auf das ehegerichtliche Gebiet erstreckte und die Eheauflösung mit der Ablauffrist der bedingten Fristen nur vermutet wurde, so ergab sich, dass die frühere Ehe erst mit der Schliessung der neuen tatsächlich zur Auflösung gelangte.[1]) Und diesem Ergebnis entsprach auch die Fassung des § 1709, nach dessen Bestimmung der Ehegatte, der nach der Todeserklärung — die er vielleicht nur in Erbangelegenheiten beantragt hatte — eine neue Ehe nicht geschlossen hatte und hierdurch die alte Ehe nicht zur Auflösung gebracht hatte, bei Rückkehr des Verschollenen seine alte Ehe fortzusetzen hatte. Eine Bestimmung, die nur aus dem Grunde erlassen sein konnte, weil die Todeserklärung nur eine Vermutung darstellte, und diese durch Rückkehr des Verschollenen tatsächlich widerlegt wurde. Und selbst, wenn bereits die ehegerichtliche Erklärung abgegeben war, dass die Ehe in dem in § 43 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches angegebenen Zeitpunkt als beendigt anzusehen sei, der zurückgelassene Ehegatte aber noch nicht wieder zu einer neuen Ehe geschritten war, so hatte er trotzdem die frühere Ehe mit dem Verschollenen fortzusetzen, wenn dieser inzwischen zurückgekehrt war. Es ergab sich dies aus der Bestimmung des folgenden § 44 in Verbindung mit § 1708 und 43. Denn die ehegerichtliche Erklärung stand ebenso wie die Todeserklärung auf der Basis der Vermutung, wie schon oben mehrfach gesagt, und wurde daher durch Rückkehr des Verschollenen tatsächlich widerlegt.

Dieses Bestreben im sächsischen Recht, die alte Ehe in jedem Falle wieder herstellen zu können, entsprang wohl der Erwägung, die Verhältnisse des aus der Verschollenheit Zurückgekehrten der Wirklichkeit entsprechend zu regeln. Es fragte sich aber, wie man dieses Bestreben verwirklichen sollte, wenn bei Rückkehr des Verschollenen eine neue Ehe vollgültig geschlossen war. Das einfachste Mittel war alsdann, die neue Ehe durch Scheidung aufzulösen. Die schwierige Frage war hierbei nur, wem von den drei beteiligten Personen man ein solches Scheidungsrecht zuerkennen sollte. Ein erster Entwurf wollte allen drei Personen eine solche Möglichkeit geben, doch wurde dieser Vorschlag verworfen, da es bedenklich wäre, den Bestand einer Ehe von dem Willen und Gutdünken dreier Personen abhängig zu machen. Schliesslich wurde bestimmt, dass nur dem conjux binubus ein Ehescheidungsrecht zustehen sollte, und zwar nur innerhalb 6 Monate seit Kenntnis vom Fortleben des Verschollenen, und dies in der Absicht, einen solchen

1) ebenso Sicherer S. 320; Scherer S. 362; Haidlen III, S. 72; Richter S. 1191 Anm. 11.

Schwebezustand nicht allzu lange auszudehnen.[1]) Versäumte der Berechtigte diese Frist, so ging er seines Rechtes verlustig, und die zweite Ehe blieb rechtsbeständig, wenn nicht andere Gründe zur Auflösung vorlagen.

Es fragte sich nun, ob nach Scheidung der neuen Ehe die alte ipso jure wieder hergestellt war, oder ob eine neue Eheschliessung erforderlich war. Aus der Entwickelung des § 1710 heraus musste man zu dem Schluss kommen, dass die alte Ehe in einem solchen Falle ohne weiteres wieder hergestellt wurde. Denn der conjux binubus hatte das Ehescheidungsrecht aus dem Grunde erhalten, um sich von etwaigen Gewissensbedenken befreien zu können, die sich bei ihm nach Rückkehr seines früheren Gatten — besonders wenn er katholischen Glaubens war — einstellen könnten. Denn es konnte ihm in einem solchen Falle schwer zugemutet werden, zwangsweise an der Seite des zweiten Gatten fortzuleben. Er hatte demnach das Ehescheidungsrecht nur aus dem Grunde erhalten, damit er mit Rücksicht auf etwaige Gewissensbedenken und auf Grund seiner religiösen Anschauungen seine alte Ehe fortsetzen konnte, und nicht aus dem Motive, dass er aus Uebermut oder Frivolität etwa zu einer dritten Ehe schreiten könnte.[2]) Aus derselben Erwägung heraus blieb auch die neue Ehe rechtsbeständig, wenn der zurückgekehrte Ehegatte vor Erlass des Scheidungsurteiles starb, und dies selbst dann, wenn der conjux binubus nunmehr die neue Ehe nicht fortsetzen wollte.[3]) In diesem Falle wäre ja auch die Fortsetzung der früheren Ehe unmöglich, also die Absicht des § 1710 nicht realisierbar.

Die neue Ehe war auf Grund des gesetzlichen Verfahrens natürlich nur gültig, wenn beide Teile bei Abschluss dieser Ehe gutgläubig waren, d. h. beide vom Leben des Toterklärten keine Kenntnis hatten. Wenn auch nur ein Teil bösgläubig war, so war die neue Ehe nichtig, jedoch mit der Einschränkung, dass in diesem Falle für den gutgläubigen Teil die nichtige Ehe bis zu dem Zeitpunkte, zu dem er von der Nichtigkeit erfuhr, die Wirkungen einer rechtsgültigen Ehe hatte.[4]) Ueber die rechtliche Stellung der Kinder aus der neuen Ehe wäre folgendes zu sagen: Waren beide Elternteile bei Abschluss der neuen Ehe bösgläubig, und war die Ehe deshalb nichtig, so waren auch die in ihr erzeugten Kinder unehelich. War aber nur ein Elternteil bei Abschluss der neuen Ehe bösgläubig und war aus diesem Grunde die Ehe nichtig, so galten die aus dieser Ehe entsprossenen Kinder als ehelich, und dies selbst dann, wenn der gutgläubige Teil später vom Fortleben des früheren Ehegatten erfuhr.[5]) Die

1) § 1710.
2) Siebenhaar Komm. S. 92; Sicherer S. 220 Anm. 12; Dziekan S. 22.
3) Sicherer S. 221 Anm. 12.
4) § 1628.
5) Siebenhaar Priv.-Recht S. 226 Anm. 3.

Begründung hierfür ist darin zu suchen, dass der Abschluss der neuen Ehe der entscheidende Zeitpunkt für die Gutgläubigkeit war.[1]) M. E. dürfte den Gesetzgeber hierbei vielleicht folgender Gedanke geleitet haben: Da der Eheabschluss und die Erzeugung des Erstgeborenen wohl gewöhnlich zeitlich ungefähr zusammenfällt, so konnte die im guten Glauben erweckte Existenz eines Kindes späterhin diesem Kinde nicht zum Rechtsnachteil zugerechnet werden. Allerdings könnte diese Erwägung bei einem weiteren Kinde schon verfehlt sein, hier müsste dann aber der Gesetzgeber aus Conformität so handeln, wie er gehandelt hat.

War die neue Ehe auf Grund von § 1710 rechtskräftig geschieden, so blieb diese Ehescheidung für die Kinder im Verhältnis zu den Eltern und für ihre Ehelichkeit im allgemeinen unberührt, es traten nach §§ 1749 und 1750 Satz 1 die Wirkungen ein, die sonst bei Ehescheidungen gegeben waren. Bei erziehungsbedürftigen Kindern trat in einem solchen Falle bisweilen das Vormundschaftsgericht in Funktion und entschied, welchem Elternteil dies oder jenes Kind zur Erziehung zu überlassen war. Im allgemeinen hatte der Vater die Kinder zu erziehen, die über 6 Jahre alt waren, die Mutter die jüngeren.

§ 9.

In Württemberg.

Das württembergische Recht baute sich hinsichtlich der Todeserklärung und ihrer Wirkungen fast durchweg auf dem gemeinen und kanonischen Recht auf. Es bestand keine besondere Verschollenheitsfrist, nach deren Ablauf ein Abwesender für tot erklärt werden konnte, es entschied nur längere nachrichtenlose Abwesenheit und richterliches Ermessen nach Art und Umständen der Verschollenheit. War daher nach rein menschlicher Berechnung der Verschollene verstorben, und hatte er obendrein das 70. Lebensjahr vollendet, so konnte er auf Grund desselben gesetzlichen Verfahrens, wie es oben beim gemeinen Recht geschildert ist, für tot erklärt werden. Das Urteil hatte auch hier deklaratorische Wirkung, sodass der Verschollene an dem Tage als gestorben galt, an dem er das 70. Lebensjahr vollendet haben würde. War jemand erst kurz vor dem 70. Lebensjahr oder gar noch später in Verschollenheit geraten, so genügte für die Todeserklärung nach herrschender Ansicht[2]) eine 5jährige nachrichtenlose Abwesenheit.

War das Todeserklärungsurteil in dieser Form ergangen, so war nach Ansicht der meisten Kommentatoren[3]) ein besonderes ehegerichtliches Verfahren, wie z. B. im sächsischen Recht, nicht

1) § 1771 S. 2.

2) Reyscher § 157,1; Lang S. 8.

3) Reyscher 1 S. 151 ff.; Lang S. 423; Hinschius S. 116; Roth, Deutsches Priv. Recht S. 364, Anm. 135; Hauber II. S. 118.

mehr erforderlich. Die Wirkung der Todeserklärung bezog sich auch auf die Ehe, und der zurückgebliebene Ehegatte konnte ohne weitere Formalitäten eine neue Ehe schliessen. Diese Ansicht scheint deshalb gerechtfertigt, weil es erwiesen ist, dass das württembergische Recht sich auf dem Boden des gemeinen Rechts bewegte und sich so auch dem im gemeinrechtlichen Geltungsgebiet gehandhabten Gewohnheitsrecht anschloss, und besonders weil im württembergischen Recht einer solchen Auffassung gesetzliche Vorschriften nicht entgegen traten. Allerdings war Sicherer [1]) anderer Meinung, da die Praxis bisweilen — m. E. wohl nur in katholischen Distrikten — entschieden hatte, dass das Ehegericht erst dem zurückgebliebenen Ehegatten die Erlaubnis zur Wiederverheiratung geben müsste. [2])

Wie im kanonischen Recht, so war auch hier die neue Ehe nichtig, sobald der Verschollene zurückkehrte, da weder die Todeserklärung noch die Wiederverheiratung rechtlich einen Einfluss auf den Bestand der alten Ehe hatte ausüben können [3]). Mit der Rückkehr verloren die Todesvermutung und die darauf gestützten Rechtshandlungen ihre Voraussetzung und wurden unwirksam.

Trotzdem war in einem Falle eine Ausnahme statuiert. Hatte nämlich der Verschollene seine Abwesenheit selbst verschuldet, sodass der zurückgelassene Ehegatte nach protestantischem und bürgerlichem Recht schon vor Eingehung einer neuen Ehe gegen den Abwesenden eine Klage wegen böslichen Verlassens hätte anstrengen können, und hatte er dies nur unterlassen, weil ihm schon die Wirkung der Todeserklärung die neue Eheschliessung gestattete, so konnte der conjux binubus, wenn er evangelischen Glaubens war, gegen den zurückgekehrten Ehegatten die Scheidungsklage jetzt noch beantragen. Vermochte der zurückgekehrte Verschollene seine längere Abwesenheit in diesem Prozess nicht hinreichend zu motivieren, so ging er seines Rechtes, die Wiederherstellung seiner alten Ehe zu verlangen, verlustig [4]). Hierbei war zu bedenken, dass nur der Zurückgekehrte aus sittlichem Empfinden heraus eines ihm zustehenden Rechtes verlustig ging, und dass dadurch noch nicht die Tatsache aus der Welt geschafft war, dass die Rückkehr den Bestand der neuen Ehe ungültig machte. Deshalb musste der conjux binubus nach Erreichung seines Scheidungsurteiles wegen böslichen Verlassens seine neue Ehe nochmals schliessen [5]).

Waren die Ehegatten der neuen Ehe beide bösgläubig, d. h. hatten beide bei Abschluss der neuen Ehe Kenntnis vom Fortleben des früheren Ehegatten, so wurde ihr Verhältnis als unerlaubte

1) Sicherer S. 218, Anm. 2.
2) Entsch. des Obertribunals in Süsskind-Werner I. S. 281.
Erlass des Württembergischen Geheimen Rates vom 28. Februar 1817, Reg. Blatt S. 109.
4) Just. Minist. Erlass an das Ober-Tribunal vom 27. August 1821.
5) Reyscher I. S, 115; Lang S. 423; Friedberg S. 810, Anm. 10; Dziekan S. 28.

Geschlechtsgemeinschaft angesehen, und die so entsprossenen Kinder galten als unehelich. Waren beide oder nur ein Teil im guten Glauben, so hatte die Ehe bezüglich der Ehegatten zueinander resp. des gutgläubigen Teils und der Kinder die Wirkungen einer Putativehe. Die Kinder galten also in solchen Fällen als ehelich, und die Ehegatten hatten entweder gegenseitig oder der gutgläubige gegen den bösgläubigen die Rechte aus einer gültigen Ehe.

§ 10.

In den Gebieten des linken Rheinufers und in Elsass-Lothringen (bis 21. X. 73).

In den Gebieten des linken Rheinufers und in Elsass-Lothringen galt der code civil. Im Vergleich zu allen bisher behandelten Rechten war hier die Verschollenheitslehre fast überhaupt nicht ausgebildet. Man musste sich hier eine solche Lehre geradezu konstruieren. Eine eigentliche Todeserklärung wie in unserem deutschen Recht gab es im code civil nicht, sondern nur eine sogenannte Verschollenheitserklärung. Man kannte hier eine Abwesenheit (non présence) ohne weitere juristische Bedeutung, wobei das Fortleben des Verschollenen als gewiss galt. Juristische Fragen könnten sich bei dieser non présence wohl nur hinsichtlich der Vertretung durch die Frau während der Abwesenheit des Mannes ergeben. Ferner kannte das französische Recht eine absence présumée: die Vermisstheit. Bei dieser Art der Abwesenheit waren bereits Zweifel am Fortleben des Abwesenden vorhanden, doch juristisch war auch die Vermisstheit, die absence présumée, nicht tiefer greifend. Nur hinsichtlich der absence déclarée, der Verschollenheit, waren im code civil einige Regeln normiert. Hier hatte die Vermisstheit bereits längere Zeit gewährt, und dadurch waren die Zweifel am Fortleben des Verschollenen bereits gesteigert.

Eine familienrechtliche Wirkung der absence déclarée im engeren Sinne, d. h. eine Wirkung auf die Ehe und die Kinder, kannte aber der code civil auch nicht, nur in vermögensrechtlicher Beziehung waren einige Regeln festgesetzt.[1]) Die Verschollenheitserklärung (déclaration d'absence) wurde nur auf Antrag beteiligter Personen von der Behörde ausgesprochen, wenn jemand 4 Jahre ohne Hinterlassung eines Vertreters und 10 Jahre mit Hinterlassung eines solchen nachrichtenlos abwesend war.[2]) War die Verschollenheitserklärung erfolgt, so wurden diejenigen, die schon zur Zeit des Verschwindens des Verschollenen Erben waren, vorläufig in seinen Besitz eingewiesen, erst 30 Jahre nach der vorläufigen Besitzeinweisung resp.

1) c. c. art. 120 ff.
2) c. c. art. 115, 12

mit Vollendung des 100. Lebensjahres des Verschollenen fand endgültige Besitzeinweisung statt.

Wie schon oben gesagt, musste man sich eine rechtliche Wirkung der Verschollenheitserklärung auf die Ehe geradezu konstruieren. Und hierbei stand einem nicht einmal eine Scheidungsklage wegen böslichen Verlassens zur Seite, da der code civil eine solche nicht kannte. Man könnte hier nur eine Scheidung „par injures graves" in Betracht ziehen nach art. 231 [1]), aber auf Grund dieser Bestimmung den Nachweis zu führen, dass das vielleicht begründete Entschwinden des einen Ehegatten eine moralische „injure grave" gegen den anderen Ehegatten im Sinne des art. 231 darstellte, wonach Ehegatten wegen grober Misshandlung oder schwerer Beleidigung ein gegenseitiges Scheidungsrecht hatten, dürfte nicht immer gelingen. Die Folge davon war, dass die Ehe des Verschollenen bestehen blieb, wenn auch die Wahrscheinlichkeit seines Todes noch so sehr einleuchtete. Nur der tatsächliche Nachweis des Todes gewährte dem Zurückgebliebenen das Recht, zu einer neuen Ehe zu schreiten.

Dass ein solcher gesetzlicher Standpunkt zu schweren Härten führen konnte, musste dem Gesetzgeber wohl eingeleuchtet haben, und deshalb fand das Gesetz einen Ausweg, der uns allerdings wohl etwas merkwürdig erscheinen könnte. Schloss nämlich der zurückgebliebene Ehegatte nach der Verschollenheitserklärung dem Gesetz zuwider eine neue Ehe, so wurde diese dennoch gesetzlich geschützt. Nach art. 139 wurde diese unerlaubte Ehe sogar derart gesetzlich sanctioniert, dass nur der Verschollene persönlich oder sein Stellvertreter — sofern dieser dazu imstande war, das Fortleben des Verschollenen zu beweisen diese Ehe anfechten konnten. Und so finden wir auf einmal einen Schutz für die neue Ehe, der bedeutend weiter ging als in den anderen Rechten, denn wenn einmal die Existenz des Verschollenen feststand, dann bedurfte es in vielen anderen Rechten keiner Anfechtung mehr, sondern die neue Ehe war ipso jure nichtig. Zachariä von Lingendahl [2]) ging sogar in seiner Ansicht so weit, „dass diese die Ruhe der Familie möglichst sichernde Vorschrift auch dann zur Anwendung zu bringen sei, wenn der zurückgelassene Ehegatte bereits derzeit, in welcher der Abwesende vermisst wurde, die neue Ehe geschlossen hatte." Und noch weiter wurde die neue Ehe nach herrschender Ansicht [3]) insofern geschützt, als man annahm, dass die Vollmacht, von der in art. 139 die Rede ist, keine General-Vollmacht sein durfte, sondern eine Spezial-Vollmacht sein musste. Zwar sagte das Gesetz hierüber ausdrücklich nichts, aber nach Sinn und Wortlaut des Gesetzes sollte doch wohl das Anfechtungsrecht einzig und

1) Dziekan S. 29.

2) I. S. 269.

3) Zachariä I. S. 269 (§70 Text u. Anm. 4); Demolombe II. (traité de l'absence) p. 357 u. 263: A. A. Grolmann I. S. 509.

allein der Entschliessung des Vermissten vorbehalten werden, es entsprach dies ja auch der Stellungnahme des art. 139: die Ruhe der Familie möglichst zu sichern und zu schützen. Da der Bevollmächtigte den Beweis von der Existenz des Vermissten zu erbringen hatte, so konnte er dies ja auch garnicht besser und leichter tun, als wenn er für die Anfechtung der neuen Ehe eine Spezial-Vollmacht von dem Vermissten beibrachte.

Eine weitere Besonderheit lag in der Spezialvorschrift des art. 139 insofern, als er wohl nach richtiger Ansicht die Anwendung der allgemeinen in art. 148 [1]) enthaltenen Grundsätze über das Anfechtungsrecht anderer Personen ausschloss. Für eine solche Auffassung sprechen dieselben Grundsätze, die im art. 139 eine Specialvollmacht erfordern. Mit Demolombe [2]) sind zwar einige Schriftsteller der Meinung, dass art. 139 in dem Falle nicht gegeben sei, wenn der Verschollene zurückkehre oder Nachricht von sich gäbe, dann müsste art. 148 Platz greifen, nach dem jeder Interessierte und auch der Staatsanwalt die Anfechtungsklage erheben könne. Aber die Entwickelung und der deutliche Wortlaut des art. 139 steht dem entgegen, nach dem der Zurückgekehrte „sera seul recevable à attaquer ce mariage."

Eine nicht unbedenkliche Einwendung, die von der Gegenseite gemacht wird, ist folgende: Wenn der Verschollene zurückkehrt und von seinem Anfechtsrecht nach art. 139 keinen Gebrauch macht, so ist kein gesetzliches Mittel gegeben, das die bigamische Ehe des conjux binubus hindern könne, und daraus ergebe sich das Resultat, dass das Gesetz bei einem solchen Fall das Aergernis der Bigamie geradezu dulde. Dem ist aber folgendes entgegen zu halten: Hatte sich nun einmal die zweite Ehe zu einer glücklichen und friedlichen gestaltet, und war das Fortkommen der Familienmitglieder für alle Zukunft gesichert, so bedeutete es doch eine schwere gesetzliche Härte, wenn es jedem beliebigen Dritten, der auch nur ein geringes Interesse an der Auflösung einer solchen Ehe hatte, gesetzlich gestattet wäre, in diesen Familienfrieden mit einer Anfechtungsklage störend einzugreifen. Besonders hart erscheint uns ein solcher gesetzlicher Standpunkt noch unter dem Gesichtspunkt, dass sich die Gatten der alten Ehe durch die lange Trennungszeit und der Zurückgelassene durch das Glück in der neuen Ehe entfremdet haben, und dass der Verschollene überhaupt kein Interesse an der Fortsetzung der alten Ehe hat, was er doch durch Nichtgeltendmachung der Anfechtungsklage beweist. Man dürfte auch hier der Ansicht von Zachariä [3]) beistimmen, dass der Gesetzgeber von zwei Uebeln das seiner Meinung nach geringere wählen wollte. Nach richtiger Ansicht würde art. 184 bei der Verschollenheitslehre

1) Jede Ehe, die den Bestimmungen der art. 144, 147 (Verbot der Bigamie), 161—163 zuwider geschlossen ist, kann sowohl von den Ehegatten selbst, als auch von jedem Dritten, der ein Interesse daran hat, schliesslich auch von dem Staatsanwalt angefochten werden.

2) Cours de Code Napoléon II. p. 357 Nr. 268; Behaghel S. 117.

3) I. S. 271.

nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Verschollene seinerseits eine neue Ehe geschlossen hatte und diese für ungültig erklärt werden sollte.

Kehrte der Verschollene zurück, und machte er von seinem Anfechtungsrecht nach art. 139 Gebrauch, so wurde die neue Ehe für nichtig erklärt, und die alte Ehe war als fortdauernd anzusehen. War auch nur ein Teil der neuen Ehe bei deren Abschluss gutgläubig, so galten die Kinder als ehelich (art. 201). Waren beide Ehegatten der neuen Ehe gutgläubig, so waren die rechtlichen Wirkungen gegenseitig wie bei einer gültigen Ehe, war aber einer bösgläubig, so kam nur dem gutgläubigen ihm gegenüber diese Wirkung zugute (art. 202).

Eine neue Regelung trat in dieser Verschollenheitslehre ein, nachdem Elsass-Lothringen Deutsch geworden war. Ein Gesetz vom 21. Oktober 1873 bestimmte, dass der zurückgelassene Ehegatte bereits mit dem rechtskräftigen Todeserklärungsurteile eine neue Ehe eingehen durfte. Die alte Ehe galt mit Eingehung der neuen Ehe als gelöst.

§ 11.

In Baden.

Das badische Landrecht ist ein Tochterrecht des code civil und baut sich vollständig auf diesem auf. Es dürfte daher nur noch erforderlich sein, die Verschiedenheiten zwischen dem code civil und dem badischen Landrecht hervorzuheben. Während im code civil der Verschollenheitserklärung keine Wirkung auf die Ehe beigelegt war, erkannte das badische Landrecht die im Verschollenheitsurteil richterlich festgestellte Verschollenheit als Scheidungsgrund an. Hatte der zurückgelassene Ehegatte auf Grund dieser Scheidungsklage ein Urteil erlangt, so musste er, um eine neue Ehe eingehen zu können, dieses Scheidungsurteil innerhalb einer Frist von 2 Monaten, von Rechtskraft des Urteils ab gerechnet, in das Bürgerliche Standesbuch eintragen lassen,[1]) um hierdurch die Ehescheidung aussprechen zu lassen. Alsdann war es ihm gestattet, eine neue Ehe einzugehen, die vom Gesetze derart geschützt wurde, dass sie selbst bei Rückkehr des Verschollenen unanfechtbar blieb.[2])

Hatte ein zurückgelassener Ehegatte auf Grund dieser Vorschriften seine Ehe scheiden lassen, ohne eine neue eingegangen zu sein, so brauchte er nicht, wie wir es bei anderen Partikularrechten gesehen haben, bei Rückkehr des Verschollenen die Ehe

1) Art. 232 a B. L.
2) Art. 264, 266 B. L.

mit diesem fortzusetzen; wollte er dies aber trotzdem tun, so musste die Eheschliessung wiederholt werden.

Hatte jemand eine neue Ehe allein auf Grund der Verschollenheitserklärung geschlossen, ohne die Scheidung der alten Ehe zu beantragen und in das Bürgerliche Standesbuch eintragen zu lassen, so waren für diesen Fall Bestimmungen getroffen,[1]) die denen im code civil entsprachen. Eine solche Ehe war als Doppelehe anfechtbar. Während im code civil eine Streitfrage entbrannt war, ob diese Ehe auf Grund von art. 148 c. c. von jedem interessierten Dritten anfechtbar wäre, oder auf Grund von art. 139 c. c. nur von dem Verschollenen selbst und dessen Specialbevollmächtigten, hatte das Badische Landrecht hier im Sinne des art. 139 c. c. positive Bestimmungen erlassen,[2]) die unsere auf Seite 31 und 32 vertretene Ansicht völlig rechtfertigen.

§ 12.

In Hannover.

In Hannover waren die Regeln über die Verschollenheitslehre in dem hannoverschen Gesetze vom 23. Mai 1848 festgelegt. War jemand bei erreichter Volljährigkeit 10 Jahre und bei unbekanntem Alter 15 Jahre nachrichtenlos abwesend, so konnte er für tot erklärt werden. Hatte der Verschollene bei seiner Entfernung oder bei seiner letzten Nachricht bereits das 60. Lebensjahr vollendet, so genügte für den Todeserklärungsantrag das 70. Lebensjahr, war er aber mit Vollendung des 65. Lebensjahres verschwunden, so war nur eine 5jährige nachrichtenlose Abwesenheit erforderlich. Lagen diese Bedingungen vor, so konnte jede an dem Tode des Verschollenen interessierte Person den Antrag auf Todeserklärung stellen. Wie im gemeinen Recht ging ein Edictalverfahren voraus,[3]) und wenn dieses fruchtlos blieb, so konnte der Verschollene für tot erklärt werden.

Mit der Rechtskraft dieses Urteils konnte der Zurückgelassene ohne weiteres zu einer neuen Ehe schreiten.[4]) Dieses Urteil hatte aber nicht den Charakter eines Scheidungsdecretes, es wurde also die alte Ehe durch dieses Urteil nicht aufgelöst. Die Auflösung der alten Ehe erfolgte vielmehr mit Schliessung der neuen. Hieraus folgte auch, dass die alte Ehe ohne weiteres fortbestand, wenn der zurückgebliebene Ehegatte bei Rückkehr des Verschollenen, oder sobald er von dem Fortleben desselben Kenntnis erhalten, keine neue Ehe geschlossen hatte. Kehrte der Verschollene aber zurück, nachdem der Zurückgelassene

1) Art. 139, 147, 201, 202 B. L.
2) Art. 139, 147, 201, 202 B. L.
3) A. G. z. C. P. O. § 24.
4) § 16 des Hannoverschen Gesetzes vom 23. Mai 1848.

bereits in ein neues Ehebündnis eingetreten war, so kam es darauf an, ob die neuen Ehegatten der evangelischen oder katholischen Kirche angehörten. Im letzteren Falle wurde bei Rückkehr des Verschollenen die neue Ehe nach kanonischem Rechte beurteilt,[1]) und sie war somit, wie wir oben gesehen haben, ex impedimento ligaminis nichtig. Trotzdem kamen aber einer solchen Ehe, wenn auch nur ein Ehegatte der neuen Ehe gutgläubig war, die Wohltaten einer Putativehe zugute, d. h. die Kinder galten in jedem dieser beiden Fälle als ehelich, und die Eltern genossen, wenn sie beide gutgläubig waren, im Verhältnis zueinander die rechtlichen Vorzüge einer gültigen Ehe; wenn aber einer bösgläubig war, genoss nur der Gutgläubige gegenüber dem Bösgläubigen diese Vorzüge. Dieser Rechtsstandpunkt verblieb auch, als am 1. April 1869 die geistliche Ehegerichtsbarkeit aufgehoben wurde.

Anders war in Hannover die Rechtslage, wenn die Ehegatten der neuen Ehe der evangelischen Kirche angehörten. In diesem Falle war nach § 16 des genannten Gesetzes die neue Ehe trotz Rückkehr des Verschollenen rechtsbeständig und unanfechtbar. Jedoch bestand auch hier die Einschränkung, wie wir es schon in den oben behandelten Rechtsgebieten gesehen haben, dass nämlich die neue Ehe nichtig war, wenn beide Ehegatten beim Abschluss der neuen Ehe bösgläubig waren. In diesem Falle galten auch die aus dieser Ehe entsprossenen Kinder als unehelich. Die Ehe mit dem Verschollenen galt unter solchen Voraussetzungen ohne weiteres als fortbestehend.

§ 13.

In den übrigen kleineren Staaten.

Die übrigen kleineren Particularrechtsgebiete standen grösstenteils auf dem Standpunkt des allgemeinen Preussischen Landrechts. Sie gestatteten nach der Todeserklärung des Verschollenen dem zurückgebliebenen Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe. Diese Ehe blieb unanfechtbar, selbst wenn der Verschollene zurückkehrte, es sei denn, dass beide Ehegatten der neuen Ehe bei der Eheschliessung bösgläubig waren. Diesen Rechtsstandpunkt finden wir für Lauenburg in der Verordnung vom 2. Februar 1819, § 10; für Anhalt-Dessau in der Verordnung vom 27. Juni 1823; für Bremen in der Verordnung vom 3. Juli 1826, §§ 11, 21, 29; für Lübeck in der Verordnung vom 30. Dezember 1829, §§ 8, Absatz 2 und 16; schliesslich für Hamburg in der Verordnung vom 15. November 1819, art. 3, 4, 14 und in dem Gesetz vom 14. Juli 1879, art. 14. In Hamburg wurde aber noch besonders unterschieden, ob die alte

1) § 16 l. c. Schlussatz.

Ehe eine beerbte, die neue aber eine unbeerbte war. In einem solchen Falle sollte zum Schutze der Kinder die zweite Ehe aufzulösen und die erste fortzusetzen sein, wenn der Verschollene zurückkehrte.[1]) Trotzdem in der Schleswig-Holsteinischen Verordnung vom 21. April 1840 von der Wirkung der Todeserklärung auf die Ehe nichts Besonderes erwähnt ist, kam man auch hier mit der Mehrzahl der Schriftsteller[2]) zu der Ansicht, dass nach der Todeserklärung dem zurückgebliebenen Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe gestattet wäre und dass diese Ehe bei Rückkehr des Verschollenen unanfechtbar wäre.

Eine ähnliche Regelung wie im badischen Recht finden wir im Hessischen Gesetz.[3]) Auch hier war der Todeserklärung an sich keine unmittelbare Wirkung auf die Ehe zugesprochen, jedoch konnte der zurückgelassene Ehegatte auf Grund der Todeserklärung gegen den Verschollenen eine Ehescheidungsklage wegen böslichen Verlassens einreichen und nach Rechtskraft des Scheidungsurteils zu einer neuen Ehe schreiten. Ebenso gewährte auch das Gothaische Ehegesetz in den §§ 95 und 96 eine solche Ehescheidung mit der gleichen Wirkung. Der Antrag wurde durch 5jährige nachrichtenlose Abwesenheit des verschollenen Ehegatten begründet.

Schliesslich verfolgte auch noch die nürnbergische Ehescheidungsordnung vom 25. November 1803 in den §§ 15, 16, 18 dasselbe Princip, nur waren hier bedeutend kürzere Fristen gesetzt. Denn es wurde dem zurückgebliebenen Ehegatten, gleichgültig ob er evangelischen oder katholischen Glaubens war, bereits im 6. Monat seit dem Verschwinden des anderen Gatten eine Ehescheidungsklage unter den Umständen gegeben, dass die Gründe nicht ermittelt werden konnten, die den Abwesenden zu seinem Verschwinden veranlasst hatten; stellten sich diese Gründe als erheblich und unerlaubt heraus, so war eine solche Klage nach Ablauf von 9 Monaten gegeben. Mit Rechtskraft des Scheidungsurteils stand die Erlaubnis für eine neue Ehe offen.

Eine ähnliche Regelung wie im sächsischen Recht finden wir in der oldenburgischen Verordnung vom 16. Februar 1844 in den §§ 14 und 18. Auch hier war dem Todeserklärungsurteil keine direkte Wirkung auf die Ehe zugesprochen, vielmehr war noch ein sogenanntes ehegerichtliches Erkenntnis auf Antrag des zurückgebliebenen Ehegatten erforderlich, in welchem erklärt wurde, dass auf Grund der Todeserklärung die Ehe mit dem

1) Ein solcher Rechtsstandpunkt wurde bei der Bearbeitung des B. G. B. auch zum Vorschlag gebracht, jedoch lehnten die Motive Band 4 Seite 645 einen solchen Vorschlag ab, weil sich bei der Ungewissheit, ob die erste oder die zweite Ehe beerbt oder unbeerbt ist, leicht eine Rechtsunsicherheit über den Bestand der alten oder neuen Ehe herausbilden könnte.

2) Roth, Deutsches Priv. Recht I. S. 364, Anm. 135; Sicherer S. 218, Anm. zu § 34; Falck IV. S. 480; Hinschius, S. 119. Anm. 3.

3) Hessischer Entwurf II. Art. 127.

Verschollenen als beendigt galt. Diese Bedingung war sogar nach Aufhebung der geistlichen Ehegerichtsbarkeit vom Jahre 1876 bestehen geblieben, ihre Erfüllung wurde aber alsdann ohne Rücksicht auf das Glaubensbekenntnis der Ehegatten Angelegenheit der weltlichen Ehegerichte.[1]) Dies ist deshalb besonders hervorzuheben, weil in diesem Rechtsgebiet in gleicher Weise wie im hannoverschen Recht die neue Ehe bei Rückkehr des Verschollenen rechtlich nach dem Glaubensbekenntnis der neuen Ehegatten beurteilt wurde. Es war also die neue Ehe der evangelischen Eheleute bei Rückkehr des Verschollenen in jedem Falle eine rechtsgültige, es sei denn, dass sie beide bösgläubig waren. Dahingegen hing die Gültigkeit einer neuen Ehe zwischen katholischen Ehegatten von der Entscheidung des katholischen Ehegerichts ab und war deshalb ex impedimento ligaminis nichtig. Da jedoch bei der weltlichen Ehegerichtsbarkeit dem katholischen Ehegericht eine Entscheidung über die neue Ehe entzogen war, so kam letzteres nur noch dann in Betracht, wenn der Bestand der neuen Ehe dem kanonischen Eherecht unterworfen war [2]).

II. Die familienrechtlichen Wirkungen der Todeserklärung im bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 14.

1) Allgemeine Bestimmungen für die Todeserklärung.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat sich an keines der oben behandelten Rechte angeschlossen, wenn es sich auch alle zum Vorbilde genommen hat. Man musste dem Zuge der modernen Zeit folgen, und deshalb war es nicht ratsam, sich irgend einem früheren Rechte, auch nicht dem Preussischen A. L. R. wie auf anderen Rechtsgebieten, eng anzuschliessen. Wohl finden wir die einzelnen Bestimmungen der früheren Rechte wieder, jedoch hat das B. G. B. durch eine scharfdurchdachte Zusammenfassung unter Beseitigung der vielen Kontroversen und Vereinigung des sächsischen mit dem schlesischen System ein einheitliches Ganzes geschaffen, das den Ansprüchen der modernen Zeit in jeder Beziehung gerecht wird und als eine glückliche Lösung zu bezeichnen ist.

Im Anschluss an die Mehrzahl der Particularrechte ist bei der normalen Verschollenheit ein zehnjähriger Zeitraum nachrichtenloser Abwesenheit erforderlich, damit die Todeserklärung

1) Sicherer S. 220.
2) Sicherer S. 221.

erfolgen kann.[1]) Die zehn Jahre rechnen vom Schluss des Kalenderjahres ab, in dem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat. Es genügt aber bereits ein Zeitraum von fünf Jahren nachrichtenloser Abwesenheit, wenn der Verschollene in dem Zeitpunkt, in dem die Todeserklärung ausgesprochen werden soll, bereits das 70. Lebensjahr vollendet haben würde.[2]) In Anlehnung an frühere Particularrechte, die Minderjährige bei der Verschollenheit begünstigen, darf eine Todeserklärung nicht vor dem Schlusse des Jahres erfolgen, in dem der Verschollene das 31. Lebensjahr vollendet haben würde.[3]) Die Zeitrechnung erfolgt in diesen Fällen nach §§ 187 Abs. 2 und 188 B. G. B.

Wie bereits einige wenige Particularrechte berücksichtigte auch das B. G. B. die Fälle, bei denen Personen unter besonderen Umständen und bei solchen Gelegenheiten verschwanden, bei denen man infolge der nahen Todesgefahr, in welcher diese Personen schwebten, mit grösserer Wahrscheinlichkeit annehmen konnte, dass sie bei einer solchen Gelegenheit den Tod gefunden hatten. Und deshalb traf das B. G. B. mit Rücksicht auf zukünftige Kriege, auf den internationalen Verkehr und die zunehmende Auswanderungslust des Volkes und im Hinblick auf die täglich sich mehrenden Unglücksfälle, wie Theaterbrände etc., Bestimmungen, nach denen für die Todeserklärung im Interesse der Allgemeinheit und der Hinterbliebenen kürzere Fristen gesetzt waren. Und so finden wir im B. G. B. neben der normalen Verschollenheit noch eine Kriegs-, See- und allgemeine Unfallverschollenheit.

Wie schon vor dem B. G. B. in fast allen deutschen Staaten nach einem Kriege besondere Bestimmungen hinsichtlich der Kriegsverschollenen erlassen waren, so wird es auch wohl nach einem Zukunftskriege sein. Trotzdem hat das B. G. B. im § 15 bei der Kriegsverschollenheit für diejenigen, die als Angehörige einer bewaffneten Macht an einem Kriege teilgenommen und nachher vermisst und verschollen sind, die allgemeine Bestimmung erlassen, dass sie bereits 3 Jahre nach Friedensschluss für tot erklärt werden können. Hat ein Friedensschluss nicht stattgefunden, so beginnt die dreijährige Frist mit Schluss des Jahres, in dem der Krieg beendigt ist. Im Absatz 2 ist noch besonders hervorgehoben, dass auch diejenigen Personen als Angehörige einer bewaffneten Macht zu gelten haben, die in einem Amts- oder Dienstverhältnis zum Zwecke der freiwilligen Hilfeleistung sich bei der bewaffneten Macht befunden haben.

Auch bei der Seeverschollenheit ist das B. G. B., den modernen Anschauungen Rechnung tragend, weiter vorgeschritten. Während

1) § 14, Abs. 1, S. 1 B. G. B.
2) § 14, Abs. 2 B. G. B.
3) § 14, Abs. 2 B. G. B.

frühere Landesgesetze[1]) nur dann die Todeserklärung zuliessen, wenn der Untergang des Schiffes sicher erwiesen war, so ist nach dem B. G. B. schon bei vermutetem Untergang des Schiffes die Todeserklärung möglich. Der § 16 B. G. B. sagt über die Vermutung: „Der Untergang eines Fahrzeugs wird vermutet, wenn es an dem Orte seiner Bestimmung nicht eingetroffen oder in Ermangelung eines festen Reisezieles nicht zurückgekehrt ist, oder wenn bei Fahrten innerhalb der Ostsee 1 Jahr, bei Fahrten innerhalb anderer europäischer Meere mit Einschluss sämtlicher Teile des Mittelländischen, Schwarzen und Azowschen Meeres 2 Jahre, bei Fahrten, die über aussereuropäische Meere führen, 3 Jahre seit dem Antritt der Reise verstrichen sind. Sind Nachrichten über das Fahrzeug eingegangen, so ist der Ablauf des Zeitraumes erforderlich, der verstrichen sein müsste, wenn das Fahrzeug von dem Orte abgegangen wäre, an dem es sich den Nachrichten zufolge zuletzt befunden hat.“ Die Todeserklärung kann bei der Seeverschollenheit erfolgen, wenn jemand ein Jahr lang nach dem wirklichen oder vermuteten Untergang des Fahrzeuges verschollen ist.

Ueber eine Unfallverschollenheit hat der erste Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches nichts gesagt, erst auf den Hinweis von Hölder und Gierke wurde diese spezielle Art der Verschollenheit in das Gesetzbuch aufgenommen. Hierbei war für die Kommission ausschlaggebend, dass zweifellos neben einer Kriegs- und Seeverschollenheit andere Fälle eintreten könnten, bei denen infolge der grossen Lebensgefahr der Tod äusserst wahrscheinlich sei (z. B. bei einem Theaterbrand, bei Hochgebirgstouren, bei Ballonfahrten, bei Polarexpeditionen etc.). Deshalb müsste auch bei den Personen, die sich in eine so hohe Gefahr begeben und seitdem verschollen blieben, ein erleichtertes Todeserklärungsverfahren zugelassen werden.[2]) Und so bestimmt denn der § 17 B. G. B.: „Wer unter anderen als in den §§ 15, 16 bezeichneten Umständen in eine Lebensgefahr geraten und seitdem verschollen ist, kann für tot erklärt werden, wenn seit dem Ereignis, durch welches die Lebensgefahr entstanden ist, drei Jahre verstrichen sind.“ Diese drei Jahre zu berechnen, ist natürlich sehr einfach, wenn der Unglückstag feststeht. Fraglich ist die Berechnung aber bei mehrtägigen Bergpartien, bei denen ein Absturz erfolgt ist, bei einem Ballonunglück, wie es gerade in den letzten Jahren häufiger passiert ist, oder bei einer Polarexpedition (wie z. B. die Andrée'sche). Nach der einen Ansicht[3]) soll hier analog § 16,2 der Zeitpunkt ermittelt werden, an welchem der Verschollene bei günstigem Verlauf des Unternehmens zurückgekehrt sein oder Nachricht von sich hätte geben können. Die andere Ansicht[4]) stützt sich auf den Buchstaben des Gesetzes,

1) Mot. I. S. 39—40.
2) Komm. Prot. I. 8.
3) Planck, Erl. z. B. G. B. § 17, Anm. 2 u. § 18, Anm. 5.
4) Hellmann, Vorlesungen über das B. G. B.; cf. Katz S. 26.

das ja nur von einem „Geraten“ in Lebensgefahr spricht. Wenn sich demnach das Ereignis über eine längere Zeit erstreckt, so müsse die dreijährige Frist vom ersten Momente des gefährlichen Ereignisses ab laufen. Dies könnte bei einer kurzfristigen Hochgebirgstour und bei einem Ballonaufstieg wohl praktisch sein, aber bei einer Expedition in unbekannte Länder, die doch meistenteils mehrere Jahre dauert, ist eine derartige Fristberechnung nicht angebracht und nicht praktisch, ja ich möchte auch behaupten nicht im Sinne des Gesetzgebers, da doch eine Expedition viel Aehnlichkeit mit den Seefahrten über aussereuropäische Meere ohne festes Reiseziel hat, und man deshalb in diesem Falle bei der Fristberechnung unbedingt der Vorschrift im § 16 Abs. 2 B. G. B. folgen muss.[1]) Deshalb muss man aus Konsequenz auch bei den beiden anderen angezogenen Fällen hinsichtlich der Fristberechnung ebenso verfahren.

Diese materiellrechtlichen Arten der Verschollenheit haben an sich nicht die geringste juristische Wirkung, wenn der Parteibetrieb nicht in Funktion tritt. Die Todeserklärung ist nämlich keine notwendige Folge der Verschollenheit, sondern letztere ist die materiellrechtliche Bedingung für das prozessual-formelle Todeserklärungsverfahren, wenn die Interessen gewisser Personen es erfordern, und wenn solche Personen durch ihren hierzu erforderlichen Antrag den Wunsch nach Regelung ihrer Rechtsbeziehungen zu dem Verschollenen zu erkennen geben. Die Todeserklärung erfolgt im Wege des Aufgebotsverfahrens. Antragsberechtigt ist nach § 962 C. P. O. der gesetzliche Vertreter des Verschollenen sowie jeder, der an der Todeserklärung ein rechtliches Interesse hat. Die Berechtigung des gesetzlichen Vertreters zum Antrage zeigt eine Erweiterung gegenüber den früheren Rechten, er muss aber vorher die Erlaubnis des Vormundschaftsgerichts einholen. In den Motiven[2]) sind besonders folgende Personen aufgezählt, denen ein rechtliches Interesse zum Antrag auf Todeserklärung zugesprochen wird: Der Ehegatte,[3]) die gesetzlichen, die Testaments- oder Vertragserben, die Vermächtnisnehmer, solche Personen, die zur Nachfolge in ein Lehen oder Fideikommiss berufen sind, schliesslich der Eigentümer einer Sache, die mit einer lebenslänglichen Nutzung des Verschollenen belastet ist. Es dürfte aber auch demjenigen ein rechtliches Interesse zugesprochen werden, der ein höchstpersönliches Recht des Verschollenen, das mit seinem Tode erlischt, geltend zu machen wünscht,[4]) z. B. das Urheberrecht. Der Antragsteller hat die oben angeführten materiellrechtlichen Tatsachen glaubhaft nachzuweisen, jedoch ist es dem Gericht bei der weitgehenden Wirkung der Todeserklärung nicht benommen,

1) Katz S. 27.
2) I. 42 § 11.
3) cf. E. G. B. G. B. Art. 9 Abs. 3.
4) Riesenfeld S. 85.

die Tatsachen von amtswegen nachzuprüfen und die zur Feststellung des Sachverhalts notwendigen Ermittelungen anzustellen. Die Aufgebotsfrist muss mindestens 6 Monate betragen. Ueber die Formalien der Bekanntmachung des Aufgebots gibt § 966 C. P. O. Auskunft. Bei einem einmal anhängigen Verfahren können neben dem Antragsteller andere Antragsberechtigte als Nebenintervenienten in den Rechtsstreit einspringen. Nach § 969 C. P. O. ist das Verfahren auszusetzen, wenn der Verschollene sich meldet und Streit über seine Identität entstanden ist.

Mit der Todeserklärung, die die Form eines Ausschlussurteiles hat, findet das Prozessverfahren seinen Abschluss. Das Urteil muss den Zeitpunkt des Todes enthalten, wie er im § 18 Abs. 2 B. G. B. normiert ist. Ist der Todestag ermittelt, aber nicht die genaue Todeszeit, so gilt das Ende des Tages als Zeitpunkt des Todes. Zu bemerken ist noch, dass bei der Antragstellung die materiellrechtlichen Fristen noch nicht abgelaufen zu sein brauchen, vielmehr ist diese Bedingung erst mit Rechtskraft des Urteiles, das ja als Ausschlussurteil mit dem Erlass rechtskräftig wird, erforderlich. Wenn z. B. die zehnjährige nachrichtenlose Abwesenheitsfrist bei der normalen Verschollenheit mit der Antragstellung auf Todeserklärung noch nicht abgelaufen ist, so ist der Antrag auf Todeserklärung doch zulässig, wenn im Augenblick des Erlasses der Todeserklärung diese Frist verstrichen ist.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat den gemeinrechtlichen Streit über die deklarative und konstitutive Kraft des Todeserklärungsurteils beseitigt, indem es im § 18 Abs. 1 bestimmt, dass der Tod des Verschollenen in dem Zeitpunkt vermutet wird, der in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteil festgestellt ist. Das B G. B. legt also dem Todeserklärungsurteil deklarative Kraft bei, während es noch im § 21 des ersten Entwurfes sich für die konstitutive Wirkung entschied. Wenn nun das B. G. B. sich für die deklarative Wirkung des Todeserklärungsurteils entschied, dass also der Verschollene zu einem bestimmten Zeitpunkte gestorben sei, so musste es auch notwendigerweise zugeben, dass er bis zu diesem bestimmten Zeitpunkte gelebt hat. Und so beseitigt das B. G. B. im § 19 den gemeinrechtlichen Streit, ob die Todespraesumtion auch eine Lebenspraesumtion umfasse, dahin, dass das Fortleben des Verschollenen bis zu dem Zeitpunkte vermutet wird, der nach § 18 Abs. 2 in Ermangelung eines anderen Ergebnisses der Ermittelungen als Zeitpunkt des Todes anzunehmen ist.

Das Todeserklärungsurteil wird mit seiner Verkündung rechtskräftig und wirkt für und gegen jedermann, und ein ordentliches Rechtsmittel ist gegen dasselbe als Ausschlussurteil nicht gegeben. Es ist aber gegen das Ausschlussurteil eine Anfechtungsklage zulässig, zu der nach §§ 962 und 963 C. P. O. jeder antragsberechtigt ist, der ein rechtliches Interesse an der Todeserklärung

hat und vor der Einleitung des Verfahrens die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen glaubhaft macht. Hierbei ist Anfechtungsgegner derjenige, der die Todeserklärung erwirkt hat; jedoch tritt an seine Stelle der Staatsanwalt, wenn derjenige, der das Todeserklärungsurteil erwirkt hat, selbst das Urteil anfechten will, oder wenn er gestorben ist und sein Aufenthalt unbekannt ist, oder wenn er sich im Auslande aufhält. Begründet wird eine solche Klage durch formellrechtliche Verletzungen oder durch einen materiellrechtlichen Irrtum, dass z. B. der Verschollene überhaupt nicht oder zu anderer Zeit gestorben sei. Es kann also durch die Anfechtungsklage auch verlangt werden, dass nur der Todestag im Urteil abgeändert werde.

Die Anfechtungsklage wegen formeller Mängel aus § 957 Abs. 2 C. P. O. ist beim Landgericht des Aufgebotsgerichts nach § 958 C. P. O. binnen der Notfrist von einem Monat — utiliter von Kenntnis des Ausschlussurteils gerechnet bei einer Praeclusivfrist von 10 Jahren seit Verkündung des Todeserklärungsurteils — zu erheben. Die materiellrechtliche Anfechtungsklage aus § 973 C. P. O.[1]) ist nach § 976 Abs. 1 C. P. O.[2]) innerhalb der Praeclusivfrist von einem Monat, und zwar ebenfalls beim Landgericht des Aufgebotsgerichts, einzureichen. Letztere Frist ist, trotzdem die Protokolle[3]) diese verschiedentlich als Notfrist aufgefasst wissen wollen, nach herrschender Ansicht[4]) keine solche, da eine solche Auffassung schon mit dem strikten Wortlaut des Gesetzestextes im § 223 Abs 3 C. P. O., nach dem Notfristen nur diejenigen Fristen sind, welche in diesem Gesetz als solche bezeichnet werden, im Widerspruch steht. Der Lauf der Frist bei einer materiellrechtlichen Anfechtungsklage wird daher durch die Gerichtsferien gehemmt.

2) Wirkung der Todeserklärung auf das Eherecht.

§ 15.

a) Direkte Wirkung der Todeserklärung auf die bestehende Ehe.

Während es im gemeinen Recht streitig war, ob die Todeserklärung ihre Wirkungen nur auf vermögensrechtliche Verhältnisse

1) Die Anfechtungsklage findet ausser den Fällen des § 957 Abs. 2 auch dann statt, wenn die Todeserklärung mit Unrecht erfolgt oder der Zeitpunkt des Todes des Verschollenen unrichtig festgestellt ist.

2) Die Anfechtungsklage ist, sofern sie nicht auf einen der in § 957 Abs. 2 bezeichneten Gründe gestützt wird nur innerhalb der Frist von einem Monate zulässig. Die Frist beginnt mit der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils. Die mündliche Verhandlung erfolgt nicht vor Ablauf dieser Frist.

3) I. S. 26 ff.

4) Gaupp-Stein Erl. zu § 976; Seuffert, Erl. 1 zu § 976 in Verb. mit Erl. 2 zu § 664.

beschränke, oder sich auch auf familienrechtliche Verhältnisse ausdehne, hat das B. G. B. den letzteren Standpunkt unverkennbar eingenommen, wie aus den weiter unten angeführten Gesetzesstellen hervorgeht und wie die Motive [1]) es auch ausdrücklich hervorheben: „Die Wirkung der Todeserklärung erstreckt sich sowohl auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse des für tot Erklärten als auf dessen Familienbeziehungen.“ Im ersten Entwurf wurde eine solche Bestimmung auch noch extra im § 1235 Abs. 1 festgelegt, jedoch in der zweiten Kommission als selbstverständlich gestrichen. Es ergibt sich aber dieser Standpunkt des Gesetzgebers insbesondere durch die indirekte Wirkung des § 1348 B. G. B. und die ganz allgemein aufgestellte, prinzipiell für alle Rechtsverhältnisse wirkende Vermutung des § 18 B. G. B. [2]), soweit eine solche durch Ausnahmevorschriften nicht ausgeschlossen ist. Von einer Einschränkung aber, die sich nur auf vermögensrechtliche Verhältnisse erstrecken soll, ist nirgends die Rede.

Wie wirkt nun aber die Todeserklärung direkt auf die bestehende Ehe? Für die familienrechtliche Einwirkung der Todeserklärung im allgemeinen enthält das B. G. B. die verschiedensten Sonderbestimmungen in den §§ 1348—1352, 1420, 1425, 1494, 1544, 1547, 1679, 1884, 1885 sowie in den §§ 1684 und 1847, es fehlt aber eine Bestimmung auf die Ehe insoweit, als zwar der § 1348 Abs. 2 von der Auflösung der alten Ehe mit Eingehung einer neuen nach erfolgter Todeserklärung spricht, nichts aber darüber bestimmt, wie es mit dem Bestand der alten Ehe ist, wenn der zurückgebliebene Ehegatte nach der Todeserklärung des anderen Teiles von dem ihm in diesem Paragraphen gegebenen Recht keinen Gebrauch gemacht und keine neue Ehe geschlossen hat.

Es ist also keine ausdrückliche Regelung darüber getroffen, wie die Todeserklärung auf die bestehende Ehe wirkt Und diese Regelung ist doch beispielsweise von grosser Wichtigkeit für die Frage, ob im Falle der Todeserklärung des Mannes die von der zurückgebliebenen Ehefrau nach dem Zeitpunkt, in dem die Ehe nach der Folgewirkung des § 18 B. G. B. als beendigt anzusehen ist, geborenen Kinder als ehelich oder unehelich zu gelten haben, und ob sie im letzteren Falle legitimiert werden können. Es ist deshalb eine Streitfrage darüber entbrannt, ob die alte Ehe bereits durch die Todeserklärung oder erst durch die Schliessung der neuen Ehe aufgelöst wird, oder kurz gesagt, ob durch die Todeserklärung die bestehende Ehe direkt berührt wird. Es soll diese Streitfrage im folgenden näher behandelt werden.

Der Wortlaut des § 1348 Abs. 2 S. 1 sagt kurz: „Mit der Schliessung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst.“

1) I. S. 50.

2) Die Todeserklärung begründet die Vermutung, dass der Verschollene in dem Zeitpunkt gestorben sei, welcher in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist.

Deshalb behaupten einige Schriftsteller,[1]) auf diese klaren Worte hinweisend, dass nicht schon durch die Todeserklärung, sondern erst durch die Eingehung der neuen Ehe die alte Ehe aufgelöst wird. Erler[2]) ist in seiner Ansicht sogar so radikal, dass er der Todeserklärung jegliche Wirkung auf die bestehende Ehe abspricht, wenn er behauptet: „Die auflösende Wirkung, welche der Tod eines Ehegatten hat, kann der Todeserklärung nicht beigemessen werden, denn sie gewährt nicht die Gewissheit des Todes. Also muss die Ehe mit dem für Toterklärten für fortbestanden angesehen werden." Eine solche Schlussfolgerung dürfte doch wohl etwas gewagt sein, wenn auch zugegeben werden muss, dass der Todeserklärung ein Scheidungsdekret nicht innewohnt und dass sie die bestehende Ehe nicht unabänderlich auflöst, weil sie eben nicht die Gewissheit des Todes gibt, sie gibt aber andererseits noch viel weniger die Gewissheit des Lebens.

Auch das Kammergericht kommt in einer Entscheidung[3]) — wenn auch auf anderem Wege — zu der von Erler vertretenen Ansicht. Zwar betont es, dass für die Todeserklärung eine eventuelle positive Wirkung, die über die gewöhnliche Wirkung des § 18 B. G. B. hinausgehe, einerseits durch ausdrückliche Vorschrift begründet sein müsse und andererseits auch im Widerspruch mit § 1348 Abs. 2 stehe, weil eine Ehe, die bereits durch die Todeserklärung aufgelöst sei, nicht noch einmal durch eine spätere Eheschliessung aufgelöst werden könne. Aber es erblickt in § 1348 Abs. 2 S. 1 eine Ausnahmevorschrift des § 18, die die allgemeine Wirkung des § 18 bezüglich der Ehe aufhebe, wenn es betont: „Wenn im § 1348 gesagt ist, dass die alte Ehe durch die neue Eheschliessung aufgelöst wird, so ist damit zugleich festgestellt, dass die frühere Ehe bis zur neuen Eheschliessung trotz der Todeserklärung und des dabei festgestellten früheren Todestages fortbesteht, so dass eine frühere Auflösung der Ehe nur bei dem Nachweise des wirklichen Todestages angenommen werden kann." Mit dieser Begründung kommt das Kammergericht zu einer Entscheidung, nach welcher Kinder, die lange Zeit nach erfolgter Todeserklärung des Mannes geboren sind, ehelich sind, da nach obiger Entscheidung Kinder stets während der Ehe empfangen sein müssen, wenn die Ehefrau nach erfolgter Todeserklärung des verschollenen Mannes keine neue Ehe geschlossen hat, und da als weiteres Erfordernis die Beiwohnung des Mannes während der Empfängniszeit vermutet wird (§ 1391 B. G. B.).

Ein solcher Standpunkt wirkt aber in der Praxis in den meisten Fällen sinnwidrig und ist auch in seiner Begründung unrichtig. Der § 1348 will zwar eine Ausnahme schaffen, aber nicht, wie das Kammergericht annimmt, von § 18 B. G. B., sondern

1) Dernburg IV § 28, 1; § 24, 3; Boschan, D. J. Z. 1903, S. 77.
2) D. J. Z. 1896, S. 281.
3) vom 2. VIII. 02, bei Mugdan-Falkmann Band VI, S. 158.

von § 1326 B. G. B. Der Tatbestand des § 1348 Abs. 2 S. 1 schliesst durchaus nicht den Grundsatz des § 18 aus, dieser bleibt vielmehr voll und ganz in Geltung mit der Rechtswirkung, den Tod des für Toterklärten als sicher anzusehen, solange das Gegenteil nicht positiv feststeht. Weil eben die Todesvermutung des § 18 dadurch ihren berechtigten und rechtlich wirkenden Einfluss besitzt, das gewöhnlich der für Toterklärte wirklich tot ist, so will § 1348 Abs. 2 S 1 uns nur den Ausnahmefall darstellen, wie die Rechtslage sein soll, wenn die Todeserklärung unrichtig ist; denn dies ist doch sicherlich nicht das gewöhnliche, sondern eine Ausnahme: nur in diesem Ausnahmefall soll die alte Ehe erst mit Schliessung der neuen gelöst werden. Und zu diesem Schluss kommt man auf folgendem Wege: § 1348 Abs. 1 enthält ohne jeden Zweifel eine Regelung zwischen der alten und neuen Ehe für den Fall des — nicht vermuteten — Lebens des für Toterklärten; der Gesetzgeber will mit dieser Bestimmung den zurückgelassenen Ehegatten, der sich mit der Absicht trägt, eine neue Ehe einzugehen, gegen die Gefahr schützen, dass die neue Ehe zu einer nichtigen würde, falls der verschollene Ehegatte entgegen der Vermutung des § 18 noch lebt. Dieser Absatz befasst sich also nur mit dem Fall einer unrichtigen Todeserklärung, und man hat es deshalb für unnötig gehalten, hierauf in der Vorschrift des Abs. 2 S. 1 noch besonders hinzuweisen. Aus diesem Grunde hat der zitierte Satz vielleicht die kurze und nicht leicht verständliche Fassung erhalten. Betrachten wir alsdann Satz 2 vom Abs. 2 dieses Paragraphen, der von der Aufhebung der Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage spricht, so haben wir auch hier wieder die Behandlung der Todeserklärung als erwiesen falsch. Deshalb dürfte aus dem Zusammenhange und der Entwickelung von Abs. 1 und 2 die wahre Bedeutung des Satzes 1 von Abs. 2 hervorgehen, dass nämlich mit dieser Bestimmung, die von zwei Bestimmungen umgeben ist, die allein von der Unrichtigkeit der Todeserklärung handeln, auch nur der Fall geregelt werden soll, dass der Verschollene entgegen der Vermutung des § 18 noch lebt.

Wenn nun die Todeserklärung falsch wäre, so wäre eine neue Ehe nach der Bestimmung des § 1326 B. G. B. nichtig, da der zurückgelassene Ehegatte zur Zeit und nach der neuen Eheschliessung im Widerspruch zu der Vermutung des § 18 mit seinem früheren Ehegatten in gültiger Ehe leben würde. Der Gesetzgeber wollte daher durch die Bestimmung des § 1348 Abs. 2 S. 1 eine Ausnahme von der Regel schaffen, dass eine bestehende Ehe nur durch Tod oder Scheidung aufgelöst wird. Es soll in § 1348 Abs. 2 S. 1 gesagt werden, dass die frühere Ehe allein schon — falls sich später die Todeserklärung als falsch herausstellt und der erste Ehegatte noch lebt —, und nicht erst — falls die Todeserklärung richtig gewesen ist und der erste Gatte schon zu dem im Ausschluss-

urteil festgesetzten Zeitpunkt verstorben war — durch die neue Ehe aufgelöst wird [1]). In diesem Sinne ist m. E. der Satz 1 des Abs. 2 eine direkte und nicht zu umgehende Folge des Abs. 1, ja geradezu die Einlösung eines Versprechens, das der Gesetzgeber den Nupturienten im Abs. 1 gegeben hat. Denn zweifelsohne schwebten dem Gesetzgeber bei der Bestimmung und bei der Fassung des Absatzes 1 die drohenden Folgen des § 1326 B. G. B. vor Augen, die manchen Heiratswilligen abhalten würden, bei dem nie ganz sicheren Tod des für Toterklärten zu einer neuen Ehe zu schreiten. Der Gesetzgeber ruft deshalb im Abs. 1 des § 1348 den Zögernden gewissermassen zu: „Fürchtet Euch nicht — falls Ihr sonst ein gutes Gewissen habt und nicht beide bösgläubig seid —, ich werde Euch schon gegen die verhängnisvollen Folgen des § 1326 B. G. B. schützen!" Im Abs. 2 S. 1 gibt der Gesetzgeber alsdann den Rechtsgrundsatz für den im Abs. 1 angekündigten Schutz, indem er mit den kurzen und knappen und — aus dem Zusammenhang herausgerissen, wie es das Kammergericht in seiner oben angeführten Entscheidung tut — missverständlichen Worten: „Mit der Schliessung der neuen Ehe wird die frühere aufgelöst" — die nachteiligen Wirkungen des § 1326 durch eine Bestimmung, die die Voraussetzungen des § 1309 Abs. 1 B. G. B. erfüllt, aufhebt, falls nur die Nupturienten auf den vertrauenden Schutz der Bestimmung des § 1348 Absatzes 1 hin im guten Glauben zur neuen Ehe geschritten sind.

Da also § 1348 Abs. 2 S. 1 eine Ausnahmebestimmung enthält, ist es nicht richtig, ganz allgemein zu sagen, dass die alte Ehe mit Schliessung der neuen aufgelöst wird. Diese Ausnahme kommt aber auch erst dann — wie jede andere Ausnahme — zur Anwendung, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Aufstellung führten, nämlich die Unrichtigkeit der Todeserklärung und die infolgedessen widerlegte Vermutung des erfolgten Todes des Verschollenen, bewiesen sind. Bis dahin greift mit der Todeserklärung die Vermutung des § 18 Platz, dass der Verschollene zu dem im Ausschlussurteil festgesetzten Zeitpunkt gestorben ist und dass mit seinem vermuteten Tode die Ehe aufgelöst gilt; allerdings nur die Vermutung, „ob die Ehe nach der Todeserklärung etwa doch noch fortbesteht, ist ungewiss; aber der Vermutung, dass die Ehe aufgelöst ist, entsprechend gestaltet sich die Rechtslage." [2]) Es muss also auch bei dem obigen Beispiel bezüglich der lange nach der Todeserklärung des verschollenen Mannes von der zurückgelassenen Ehefrau geborenen Kinder die Vermutung Platz greifen, dass der verschollene Mann in dem im Todeserklärungsurteil festgesetzten Zeitpunkt gestorben ist und die Ehe mit dem zurückgelassenen Ehegatten in diesem Zeitpunkt durch Tod aufgelöst ist. Deshalb sind alle Kinder, die nach

1) Rheinisches Archiv, Band 99, Abt. III, S. 14.
2) Fuchs in Gruchot's Beiträgen Band 47 S. 757.

dem 302. Tage nach dieser vermuteten Eheauflösung geboren sind, als unehelich anzusprechen.

Auf diesen Standpunkt hat sich auch in richtiger Erkenntnis das Amtsgericht Hamburg in einer Entscheidung vom 1. Juni 1904 und das Landgericht Cöln in einer Entscheidung vom 31. Mai 1902 gestellt. Die vom Amtsgericht Hamburg gefällte Entscheidung bezüglich des Verhältnisses von § 18 zu § 1348 wurde auch vom Hanseatischen Oberlandesgericht in einer Entscheidung zu der seinigen gemacht, und auch das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung [1]) vom 2. März in gleicher Weise erkannt und in seiner Begründung folgende Rechtslehre erteilt: „Es ist bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen, dass die Ehe durch den Tod des für Toterklärten am Feststellungstage aufgelöst und das erst später empfangene Kind nicht während der Ehe empfangen worden ist."

Somit gilt ein Kind, das später als am 302. Tage nach dem im Todeserklärungsurteil festgesetzten Zeitpunkt von der zurückgelassenen Ehegattin geboren ist, als unehelich und kann nach § 1719 B. G. B. durch matrimonium subsequens oder nach § 1723 B. G. B. per rescriptum principis legitimiert werden, was bei der vom Kammergericht vertretenen Auffassung von der Ehelichkeit eines solchen Kindes nicht angängig gewesen wäre, da nur uneheliche Kinder legitimiert werden können.

Zu erörtern wäre hier noch die Frage, wie in dem angeführten Beispiel die Wirkung der Todeserklärung ist, wenn die Vermutung des § 18 widerlegt wird. Die Motive [2]) sagen hierüber: „Sobald aber die Fortdauer des Lebens oder der Zeitpunkt des Todes in Gewissheit gesetzt worden ist, tritt die der wirklichen Sachlage entsprechende Beurteilung ein, wie wenn das die Todeserklärung aussprechende Urteil nicht erlassen worden wäre". Kehrt also der für tot erklärte Gatte zurück und sind die Kinder, die von seiner Frau nach seinem im Todeserklärungsurteil festgesetzten Todestag geboren sind, durch nachfolgende Ehe oder durch Ehelichkeitserklärung legitimiert, so sind zunächst diese Kinder eheliche Kinder der ersten Ehe, falls nicht der zurückgekehrte Gatte binnen Jahresfrist seit Kenntnis von der Existenz dieser Kinder die Ehelichkeit derselben im Sinne der §§ 1593 und 1594 B. G. B. angefochten hat. Hieraus folgt alsdann, dass die Legitimation dieser Kinder ungültig ist, da nur uneheliche Kinder nach den §§ 1719 und 1723 B. G. B. legitimiert werden können. Es dürfte sogar in der Praxis sehr wahrscheinlich sein, dass der zurückgekehrte Ehegatte aus Rache gegen seine Frau, die er nun in rechtsgültiger Ehe mit einem anderen weiss, und aus Eifersucht auf diesen zweiten Gatten, dem er den Familienfrieden nicht gönnt, und dem er die gesetzlichen Vorzüge inbezug auf die von ihm legitimierten Kinder schmälern will, die

1) Band 60 S. 196 ff.
2) I. Seite 50.

Anfechtung der Ehelichkeit dieser Kinder böswillig und chicanös unterlässt, um die Legitimation derselben ungültig zu machen und somit schon seit langer Zeit bestehende gute Verhältnisse in der neuen Ehe, die auch von Staatswegen Schutz erforderten, böswillig zu zerstören. Besonders dürfte der zurückgekehrte Gatte in einem solchen Falle auch aus materieller Gewinnsucht so charakterlos handeln, um seine Nutzungen aus einem eventuell vorhandenen Kindesvermögen zu ziehen. In diesem Falle brauchte er nur nach der eben erwähnten Unterlassung der ihm allein nach § 1593 B. G. B. zustehenden Anfechtung der Ehelichkeit der in Frage kommenden Kinder sich die ihm nach § 1679 Abs. 1 B. G. B. verloren gegangene elterliche Gewalt über diese Kinder durch formlose Erklärung seines hierauf gerichteten Willens gegenüber dem Vormundschaftsgerichte wieder zu verschaffen. — Zwar können durch derartige Fälle bei einer solchen geschilderten chicanösen und böswilligen Nichtausübung eines Rechtes schwere materielle und immaterielle Schäden herbeigeführt werden, ohne dass das Gesetz eine Handhabe bietet, ein derartiges Gerieren eines charakterlosen und meistenteils verkommenen Menschen zu inhibieren, aber die grosse Seltenheit eines solchen Zusammentreffens der Eventualitäten erübrigte wohl eine nähere spezielle Regelung durch das Gesetz.

Die Vermutung des § 18 könnte nun auch noch in der Weise widerlegt werden, dass der Tod des Verschollenen zwar nicht bestritten wird, dass aber an der Hand gewisser Nachrichten der Beweis geführt würde, dass der für Toterklärte in einem früheren oder späteren Zeitpunkt, als im Todeserklärungsurteil festgestellt ist, gestorben ist oder zum wenigsten den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat. Hiermit ist dann auch der Beweis gegeben, dass die alte Ehe früher oder später aufgelöst ist, als sie nach der gemäss § 18 im Todeserklärungsurteile ausgesprochenen Vermutung als aufgelöst gilt.

Im ersteren Falle sind diejenigen Kinder, die in der Zeit vom 303. Tage nach der Vermutung des jetzt als früher erwiesenen Todestages und dem 302. Tage nach dem ursprünglich angenommenen Todestage von der zurückgelassenen Frau geboren sind, die ja vorher als ehelich galten, nach der jetzigen neuen Beweisführung in Gemässheit des § 1592 Abs. 1 B. G. B. als ausserhalb der Ehe mit dem verschollenen empfangen anzusehen. Die Unehelichkeit dieser Kinder kann daher von jedermann geltend gemacht werden. Im zweiten Falle, nämlich bei dem später erwiesenen Todestage als vorher angenommen war, müssen die Kinder, die unter Zugrundelegung der Differenz des früheren und späteren Todestages als unehelich vermutet wurden, jetzt als ehelich angesehen werden, falls nicht die Anfechtung der Ehelichkeit in Gemässheit des § 1593 B. G. B von dem Verschollenen erfolgt ist. Nach denselben Grundsätzen gestaltet

sich auch die Regelung, wenn die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben oder berichtigt wird; die tatsächlichen Verhältnisse sind alsdann für den Rechtszustand massgebend.

Fassen wir nun zusammen, was wir an obigem Beispiel über die Ehelichkeit der nach erfolgter Todeserklärung des verschollenen Ehegatten von der zurückgelassenen Ehefrau geborenen Kinder erörtert haben, so kommen wir bei der Frage über die direkte Wirkung der Todeserklärung auf die bestehende Ehe zu dem Resultat, dass von einer direkten Wirkung der Todeserkläruug auf die bestehende Ehe im eigentlichen Sinne keine Rede sein kann, da die durch die Todeserklärung begründete Vermutung des § 18 B. G. B. keine direkten und definitiven Rechtsfolgen erzeugt, sondern solche Rechtswirkungen nur in der Folge der vermuteten Tatsache des Todes als eingetreten vermutet werden: Die Ehe wird zwar nicht mit dem im Ausschlussurteil festgesetzten Zeitpunkt aufgelöst, wohl g i l t sie aber als aufgelöst; und darauf fussend gelten auch — soweit im B. G. B. keine Sonderbestimmungen getroffen sind — alle Rechtsfolgen, die eine Auflösung der Ehe durch Tod nach sich zieht, als eingetreten. Beispielsweise gilt die in § 1353 B. G. B. bestimmte Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, die ja auch tatsächlich schon seit geraumer Zeit nicht mehr besteht, als aufgehoben, und als Folge davon gelten die aus dieser Lebensgemeinschaft dem Mann und der Frau nach den §§ 1354, 1356, 1357, 1358 und 1360 B. G. B. zustehenden Rechte und Pflichten als erloschen.

b) Indirekte Wirkung der Todeserklärung auf die bestehende Ehe durch die Möglichkeit, eine neue Ehe schliessen zu dürfen.

§ 16.

aa) Möglichkeit der Wiederverheiratung im allgemeinen nach § 1348 B. G. B.

Wenn eine Ehe durch die Todeserklärung mit dem Zeitpunkt, der im Todeserklärungsurteil gemäss § 18 B. G. B. festgesetzt ist, als aufgelöst gilt, so muss auch die Vermutung bestehen, dass, wie es bei jeder anderen Eheauflösung dem Überlebenden oder geschiedenen Ehegatten gestattet ist, dem zurückgebliebenen Ehegatten das Recht zustehe, zu einer neuen Ehe schreiten zu dürfen. Eine solche Vermutung wird auch bereits im ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch bestätigt, wenn in § 1235 Abs. 1 besonders hervorgehoben wird, dass die Vermutung, der für Toterklärte habe den Zeitpunkt der Erlassung des Todeserklärungsurteils nicht überlebt, auch in Ansehung der

Ehe gelten soll. Eine solche Bestimmung fand sich unter dem Abschnitt „Ehehindernisse", woraus mit Leichtigkeit zu folgern ist, dass für einen zurückgebliebenen Ehegatten nach erfolgter Todeserklärung des anderen Teiles kein Hindernis bestehen soll, eine neue Ehe einzugehen, da vermutet wurde, dass der Verschollene zu dem Zeitpunkt des Erlasses des Todeserklärungsurteils bereits gestorben wäre, und deshalb sollte nach § 1235 Abs. 1 des ersten Entwurfes für den zurückgelassenen Ehegatten der Weg zu einer neuen Ehe frei sein. Diese Bestimmung wurde alsdann aus dem Grunde, weil sie selbstverständlich [1]) erschien, von der Kommission der zweiten Lesung eines B. G. B. wieder gestrichen. Aus demselben Grunde finden wir eine solche ausdrückliche Fassung auch im heutigen Bürgerlichen Gesetzbuch nicht vor. Aber aus dem Inhalt des § 1348 B. G. B.[2]) ist durch argumentum e contrario zu folgern, dass eine Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehegatten nach erfolgter Todeserklärung des anderen Teiles gestattet ist, selbst wenn der für Toterklärte noch am Leben ist.

Es wäre auch unrecht, wenn der zurückgebliebene Ehegatte, der vielleicht schuldlos und hilflos sich mit seiner Familie in einer kümmerlichen Lage befindet, einer neuen ehelichen Verbindung zeitlebens nur aus dem Grunde entsagen müsste, weil der für Toterklärte in Wahrheit vielleicht noch nicht tot sein, sondern eventuell noch leben könnte. Deshalb hat das Bürgerliche Gesetzbuch, dem Zuge der Zeit folgend und den Anforderungen des praktischen Lebens Rechnung tragend, auf dem von den bisherigen Rechten eingeschlagenen Wege, der Wirkung der Todeserklärung ein möglichst ausgedehntes und praktisches Anwendungsgebiet zu schaffen, weiter gebaut, indem es die durch die Todeserklärung begründete Annahme von dem Tode des Verschollenen auf alle Rechtsbeziehungen desselben ausdehnte, sodass diese so lange als erloschen gelten, bis die Todesvermutung nicht durch den Beweis des Gegenteils entkräftet wird. Wenn schon die älteren Particularrechte eine Wiederverheiratung nach der Todeserklärung gestatteten, so ist heute die Berechtigung eine weit grössere, weil die Wahrscheinlichkeit des Todes des für Toterklärten heute viel begründeter als früher ist. Denn bei der heutigen grossen Sicherheit des Weltverkehrs infolge der Nutzbarmachung aller Errungenschaften der modernen Technik hat die längere nachrichtenlose Abwesenheit des Verschollenen im Zusammenhang mit irgend einem Unglücksfall wohl sicher seinen erfolgten Tod zur Ursache; ist aber kein Unglücksfall im Spiele, so ist mit Sicherheit anzunehmen, dass der Verschollene seinen durch die Ehe begründeten Pflichten, ebenso wie er es

1) Protokolle IV, S. 23.

2) Geht ein Ehegatte, nachdem der andere Ehegatte für tot erklärt worden ist, eine neue Ehe ein, so ist die neue Ehe nicht deshalb nichtig, weil der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, es sei denn, dass beide Ehegatten bei der Eheschliessung wissen, dass er die Todeserklärung überlebt hat.

Mit der Schliessung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst. Sie bleibt auch dann aufgelöst, wenn die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird.

bis zur erfolgten Todeserklärung getan hat, auch in Zukunft nicht nachkommen kann oder will.

Es liegt deshalb nicht nur im Interesse des zurückgebliebenen Ehegatten, sein besseres Fortkommen auf der Basis einer neuen Ehe zu suchen, sondern auch dem Staatswohl gereicht die Begründung einer neuen Familie, der Grundfeste, auf der sich die ganze Staatseinheit aufbaut, zu Nutz und Frommen.

Es ist nun aber auch klar, dass der Gesetzgeber, wenn er sich einmal dazu herbeigelassen hat, dem zurückgebliebenen Ehegatten die Wohltat einer neuen Ehe zu gewähren, zu ihrer Herbeiführung und zu ihrem Schutze besonders erläuternde Bestimmungen erlassen musste. Denn auf Grund der normalen Bestimmungen könnte die Auflösung der alten Ehe nur durch Urteil wegen Nichtigkeit oder Ungültigkeit oder aus einem zur Scheidung berechtigten Grunde herbeigeführt werden. Es könnte nun ja allenfalls der Verschollenheit die Absicht des böslichen Verlassens zu Grunde liegen und mit dieser Klage eine Auflösung der alten Ehe herbeigeführt werden, aber dieser Weg dürfte sich gerade in solchen Fällen, bei denen der Tod des Verschollenen am wahrscheinlichsten und die Eheauflösung wegen des wirklichen Todes am gerechtfertigsten erscheint, als nicht vorteilhaft und gangbar erweisen, da sich der Verschollene, wenn er aller Voraussicht nach tot ist, doch unmöglich des böslichen Verlassens schuldig machen kann. Fehlen also mangels besonderer Bestimmungen die Voraussetzungen, die uns auf dem normalen Ehescheidungswege zu Gebote stehen — was doch in den meisten Fällen der Verschollenheit der Fall ist —, so bleibt dem zurückgebliebenen Ehegatten nur noch übrig, den sicheren Nachweis von dem erfolgten Tode des Verschollenen zu führen. Und dieser Beweis ist bei der Verschollenheit überhaupt nicht zu erbringen, es müsste denn schon der Begriff der Verschollenheit ausscheiden.

Solche Erwägungen, die bereits in den früheren Rechten massgebend gewesen sind, rechtfertigen auch im Bürgerlichen Gesetzbuch das Prinzip, dem zurückgebliebenen Ehegatten nach erfolgter Todeserklärung des anderen Teiles die Eingehung einer neuen Ehe zu gestatten. Den von einigen deutschen Particularrechten eingeschlagenen Weg, z. B. von Sachsen, Württemberg und Oesterreich, die Eingehung der neuen Ehe von einem besonderen ehegerichtlichen Verfahren abhängig zu machen, hat das Bürgerliche Gesetzbuch verschmäht. Sicher liegen einer solchen particularrechtlichen Regelung gute Vorteile zu Grunde, besonders insofern, dass leichtfertige Personen von einer neuen Eheschliessung abgehalten werden, wenn sie sicher vermuten, dass der erste Ehegatte noch lebt. Doch die Motive[1]) nehmen wohl mit Recht an, dass in den über das Verfahren und den

1) cf. Motive IV S. 20.

Erlass der Todeserklärung im B. G. B. begründeten Voraussetzungen [1]) ausgiebige Garantien für die Richtigkeit der Todesvermutung erblickt werden können, und dass daher von einem besonderen ehegerichtlichen Verfahren abzusehen sei, zumal da sich dieses in den weitaus meisten Fällen als eine nutzlose, mit Weitläufigkeiten und Kosten verknüpfte Formalität erweisen wird. Hinzu kommt noch, dass, wie bereits oben erwähnt, bei der heutigen Lebhaftigkeit des Verkehrs irgend welche Nachricht dem zurückgebliebenen Ehegatten bis zur erfolgten Todeserklärung hätte stets erreichen können, und dass deshalb eine einmal für tot erklärte Person nur in ganz seltenen Fällen wirklich zurückkehrt.

§ 17.

bb) Die Möglichkeit der Wiederverheiratung bei dem aufschiebenden Ehehindernis der Anfechtung der Todeserklärung nach § 1349 B. G. B.

Bei der Wiederverheiratung ersetzt das Todeserklärungsurteil die Sterbeurkunde [2]). Das Todeserklärungsurteil liefert hier also den Nachweis, dass das Ehehindernis der Doppelehe mit Schliessung der neuen Ehe nicht mehr besteht. Da aber nach § 18 B. G. B. die Todeserklärung eine jederzeit widerlegbare Vermutung des Todes begründet, so trifft das Bürgerliche Gesetzbuch im § 1349 [3]) die Bestimmung, dass bei Anfechtung der Todeserklärung die Eingehung einer neuen Ehe bis zur Erledigung des Anfechtungsprozesses hinauszuschieben sei. Gelingt es dem Anfechtenden, in einem solchen Prozess die Todesvermutung zu widerlegen, so wird die Todeserklärung gerichtsseitig aufgehoben, und es tritt rechtlich der Zustand ein, als ob das Todeserklärungsurteil überhaupt nicht erlassen wäre. Daraus folgt mit Notwendigkeit, dass der zurückgebliebene Ehegatte auch keine neue Ehe eingehen kann, da er jetzt nicht mehr imstande ist, die Urkunde vorzulegen, durch die dem Standesbeamten gegenüber der Nachweis der Beendigung der ersten Ehe — juristisch richtig gesagt: dass das Ehehindernis der Doppelehe mit Schliessung der neuen Ehe nicht mehr bestehe — geführt wird. Es erscheint auch deshalb gerechtfertigt, dass § 1349 B. G. B. bis zur Erledigung des Anfechtungsprozesses, d. h. während des Schwebezustandes, die Erlaubnis zur Wiederverheiratung versagt, weil erst mit Erledigung des Rechtsstreites

1) §§ 18 ff. B. G. B.; §§ 946 ff., 960 ff. C. P. O.

2) Schmidt-Habicht IV S. 134; Planck IV S. 72; Staudinger IV S. 104.

3) Ist das Urteil, durch das einer der Ehegatten für tot erklärt worden ist, im Wege der Klage angefochten, so darf der andere Ehegatte nicht vor der Erledigung des Rechtsstreits eine neue Ehe eingehen, es sei denn, dass die Anfechtung erst zehn Jahre nach der Verkündung des Urteils erfolgt ist.

die entstandene Unsicherheit über die Rechtmässigkeit der Todeserklärung und der dadurch bedingte Bestand der alten Ehe geklärt wird. Besonders liegt dies Verfahren auch aus dem Grunde im Interesse der alten Ehe, da nach § 1348 Abs. 2 S. 2 B. G. B. die Anfechtungsklage bei einer bereits geschlossenen neuen Ehe auf die erloschene alte Ehe ohne Einfluss bleibt, trotzdem die Anfechtungsklage vielleicht die Rechtsbeständigkeit der alten Ehe ergibt. Nur in einem Falle hebt der § 1349 jedes Hindernis für die Möglichkeit der Wiederverheiratung auf, wenn nämlich zwischen Rechtskraft (= Erlass) des Todeserklärungsurteiles und Erhebung der Anfechtungsklage ein zehnjähriger Zeitraum liegt.[1]) Eine solche Ausnahme scheint auch geboten, weil es das Interesse der Rechtssicherheit erfordert, dass Zustände von noch längererer Dauer, zumal da in diesen Fällen die Richtigkeit der Todeserklärung mit nur immer grösserer Sicherheit vermutet werden kann, vom Gesetz definitiv zu Recht bestehend anerkannt werden.

Die Anfechtungsklage ist, abgesehen von den Fällen des § 957 Abs. 2 C. P. O., wo wesentliche Mängel des Verfahrens den Anfechtungsgrund bilden, aus zwei wichtigen Gründen gegeben: Die Todeserklärung kann einmal angefochten werden, weil der für Toterklärte zu einer anderen Zeit, als in dem Todeserklärungsurteil angegeben ist, gestorben ist, dann auch, weil der Verschollene überhaupt noch lebt.[2])

Im ersteren Falle ist es streitig, ob das Ehehindernis fortfällt, wenn nur eine Berichtigung des Todeserklärungsurteils erstrebt wird. Nach dem einfachen Wortlaut des § 1349 B. G. B. könnte man annehmen, dass auch bei der Berichtigung des Todeserklärungsurteils mit der Eingehung einer neuen Ehe bis zur Erledigung eines solchen Anfechtungsprozesses gewartet werden müsste; wenn man aber die ratio legis mach Mot. IV S. 20 in Erwägung zieht, dass man nur den Abschluss einer neuen Ehe verhindern will, solange die alte Ehe möglicherweise noch bestehen könnte, so darf man wohl mit Recht den Schluss ziehen, dass eine Anfechtungsklage, die lediglich den Zeitpunkt des Todes in dem Todeserklärungsurteile berichtigen will, der sofortigen Wiederverheiratung nicht im Wege stehen soll. Denn hier bejaht doch das petitum der Klage die Vermutung, dass der betreffende gestorben ist, und die Klage gibt damit auch die Auflösung der alten Ehe zu. Es wäre also gar keine Berechtigung vorhanden, dem zurückgelassenen Ehegatten die Schliessung einer neuen Ehe bis zur Erledigung eines solchen Anfechtungsprozesses zu versagen, weil selbst bei dem für den Kläger günstigst denkbaren Ausgang des Prozesses das Recht der Wiederverheiratung nicht

1) Nach Prot. II Lesung S. 4910 wird diese Bestimmung mit Rücksichtnahme auf § 958 Abs. 2 C. P. O. erklärt
2) § 973 C. P. O.

beseitigt werden würde.[1]) Für die hier vertretene Ansicht spricht auch die Entwicklung des § 1349 B. G. B.; denn nach der Redaktionsvorlage[2]) wird ein Ehehindernis bei der Wiederverheiratung des zurückgelassenen Ehegatten nur dann für vorliegend erachtet, wenn eine auf Beseitigung der Todeserklärung gerichtete Klage anhängig ist. Da in den späteren Entwürfen zum Bürgerlichen Gesetzbuche und in diesem selbst eine Aenderung des grundsätzlichen Standpunktes nicht herbeigeführt ist, sondern diese Vorschriften nur hinsichtlich der Fassung und nicht mehr dem Sinne nach abgeändert sind, so müssen wir zu dem Schluss kommen, dass § 1349 B. G. B. nur dann anzuwenden ist, wenn eine Anfechtungsklage auf Aufhebung der Todeserklärung gerichtet ist.

Schmidt-Habicht[3]) gibt allerdings zu, dass „eine Ausnahme von der Auffassung Plancks sich dann rechtfertigen liesse, wenn die beantragte Aenderung in der Todeszeit des Verschollenen einen Einfluss auf die Berechnung der von § 1313 B. G. B. geforderten zehnmonatigen Wartezeit ausüben würde." Aber solche Bedenken dürften m. E. in der Praxis kaum entscheidend sein. Denn zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Bestimmung des § 1313 B. G. B. — insonderheit die Worte: „es sei denn, dass sie inzwischen geboren hat" — doch nur deshalb getroffen ist, die Identität der — bei Behandlung unserer Aufgabe von der zurückgelassenen Ehefrau nach der Verschollenheit des Ehemannes — geborenen Kinder feststellen zu können. In den zehn Monaten des § 1313 B. G. B. liegen ohne Zweifel die 181—302 Tage der §§ 1592, 1593 und 1717 B. G. B.; der Gesetzgeber hat sich hier nur mit anderen Worten ausgedrückt und die Höchstgrenze eingesetzt, da es sich hier auch nur um die Zeit der Beiwohnung handeln kann, in der nach dem Willen des Gesetzgebers ein Kind von dem Manne empfangen ist, der in dieser Zeit der Mutter des Kindes beigewohnt hat. Die Motive[4]) erkennen diesen Standpunkt ja auch an, wenn sie sagen, der Zweck der Schaffung einer zehnmonatigen Wartefrist ist der, bei ehelichen Kindern Ungewissheit über die Abstammung zu verhindern. Und eine solche Ungewissheit kommt bei den priviligierten Verschollenheitsarten der §§ 15, 16 und 17 B. G. B. schon gar nicht in Frage, weil die Frist in der ein Kind noch aus der Beiwohnung des Verschollenen mit der zurückgelassenen Ehegattin vermutet wird (d. i. die gesetzliche Empfängniszeit aus § 1717 Abs. 2 oder hier die Wartezeit aus § 1313 Abs. 1) in den Fällen der Kriegs- und Unfallverschollenheit seit mindestens zwei Jahren plus 2 Monaten und im Falle der Seeverschollenheit seit mindestens 2 Monaten über den vermuteten Todestag des Verschollenen hinaus zurückliegt,

1) Derselben Ansicht Planck IV S. 25; Kuhlenbeck B. G. B. II S. 48; Schmidt-Habicht § 1349 Erl. II Opet-Blume S. 86 Anm. 1b; Dernburg B. G. B. IV S. 73 Anm. 7. — Anderer Ansicht Sartorius S. 248; Staudinger Bem. 2b zu § 1349.

2) § 268 Abs. 2.

3) Schmidt-Habicht, Erläuterung zu § 1349 Anm. 2.

4) S. 82 (§ 1241).

wenn das Todeserklärungsurteil erlassen wird und somit als Ausschlussurteil rechtskräftig ist und eine Wiederverheiratung nach § 1348 B. G. B. gestattet ist.

Bei der normalen Verschollenheit des § 14 würde der nach § 18 im Todeserklärungsurteil festgesetzte Todeszeitpunkt zwar mit der zehnmonatigen Wartefrist der § 1313 im Falle der Wiederverheiratung nach § 1348 konkurrieren, aber der letzte Termin, in dem der Verschollene noch mit Erfolg seiner zurückgelassenen Ehegattin beigewohnt haben kann, liegt 10 Jahre (die neun- bis fünfjährige Frist des Absatzes 2 von § 14 B. G. B. dürfte bei der erörterten Frage für die Praxis wohl ausscheiden!) von dem Zeitpunkte zurück, seit dem der zurückgelassenen Ehegattin die Eingehung einer neuen Ehe gestattet ist, sodass eine gesetzliche Wartezeit für die Schliessung einer neuen Ehe nach erfolgter Todeserklärung bei der normalen Verschollenheit auf Grund von § 14 B. G. B. für die Praxis erst recht widersinnig erscheinen würde, eine solche Frau hat doch wirklich schon lange genug gewartet! In diesem Sinne verlängert sich übrigens auch noch bei der Seeverschollenheit der Termin einer möglichen letzten Beiwohnung nach § 16 B. G. B. um 1 bis 3 Jahre über die oben erwähnten 2 Monate hinaus.

Aus diesen Erwägungen werden alle Bedenken, die einer berichtigenden Anfechtungsklage aus § 973 C. P. O. Einfluss auf die Berechnung der von § 1313 B. G. B. geforderten zehnmonatigen Wartezeit im Falle der Wiederverheiratung aus den §§ 1348 und 1349 B. G. B. gewähren wollen, dadurch zerstreut, dass eine Beiwohnung der Ehegatten naturgemäss weit vor dem Todeserklärungsurteil zurückliegt, und weil deshalb die Zweifel, ob die Kinder, die zehn Monate nach einer auf Grund von § 1348 B. G. B. erfolgten Wiederverheiratung von der zurückgelassenen Ehegattin geboren sind, noch von dem verschollenen Ehemanne entstammen, in jedem Falle grundlos sind und somit der ratio legis des § 1313 B. G. B. Genüge geschehen ist. Dazu kommt noch, dass ein solcher Fall in der Praxis gar nicht kritisch werden kann, weil § 1313 B. G. B. selbst in seinem Abs. 2 von seiner Vorschrift eine Befreiung zulässt und eine solche wohl stets bei der Eingehung einer neuen Ehe auf Grund der Bedingungen des § 1348 B. G. B. auf ein diesbezügliches Gesuch verfügt wird.

Schwerwiegender wäre schon folgende Einwendung gegen die oben vertretene Ansicht, dass eine nur berichtigende Anfechtungsklage gegen das Todeserklärungsurteil kein aufschiebendes Ehehindernis in Gemässheit des § 1349 B. G. B. für eine neue Ehe aus § 1348 B. G. B. bildet: Es könnte möglich sein, dass ein Kläger in der Klagschrift, mit der er ein erlassenes Todeserklärungsurteil anficht, den Antrag auf Festsetzung eines bestimmten, für die angefochtene Todeserklärung überhaupt noch nicht zulässigen Todestages stellt und so dem Wortlaute nach

sein Klagpetitum auf Berichtigung, dem Sinne nach aber den zwar zulässigen Antrag auf Aufhebung der alten Todeserklärung und zugleich den unzulässigen Antrag auf Erlass einer neuen Todeserklärung ausspricht. In einem solchen Falle kann von gerichtswegen der Klage nur insofern stattgegeben werden, dass das Todeserklärungsurteil aufgehoben wird, und dies auch nur, falls Kläger sein Klagpetitum ändert; denn ohne weiteres darf der Richter nach dem Grundsatz „ne eat judex ultra petita partium" bei einer auf Berichtigung gestellten Klage nicht auf Aufhebung der Todeserklärung erkennen. Durch die Art des Klagantrages entsteht aber jedenfalls eine Kontroverse, die im Verkehrsleben Unsicherheit erwecken könnte. Da wir uns nämlich zu der Ansicht bekehrt haben, dass einer berichtigenden Anfechtungsklage kein Hindernis für eine sofortige Wiederverheiratung entgegenstehen soll, so kann man vom Standesbeamten schwerlich verlangen, dass er den wahren Charakter der soeben angeführten Anfechtungsklage erkennt. Deshalb dürfte Sartorius[1]) in diesem Falle — aber wie selten kommt ein solcher Fall in der Praxis vor, und welcher vernünftige Richter würde eine solche Klage nicht überhaupt a limine ohne Entscheidung abweisen mit der Begründung, einen unzweideutigen Klagantrag einzureichen! — recht haben, wenn er sagt: „Der Standesbeamte soll durch vorbehaltlose Aufstellung des Ehehindernisses jeder Untersuchung der Einzelheiten des Rechtsstreites überhoben werden; es ist also unerheblich, auf welches Ziel die Anfechtungsklage gerichtet ist"

Ist die Klagbitte der Anfechtungsklage auf Aufhebung des Todeserklärungsurteiles gerichtet und wird ihr stattgegeben, so fällt natürlich mit der Todesvermutung, wie bereits oben erwähnt, auch die Vermutung der Auflösung der alten Ehe und das vermutete Recht des zurückgebliebenen Ehegatten, eine neue Ehe eingehen zu dürfen. Dieses Ehehindernis des § 1349 B. G. B., das durch die Erhebung der Anfechtungsklage gegen das erlassene Todeserklärungsurteil begründet wird, hat aber nur eine aufschiebene Wirkung[2]), wie aus dem Gesetzestext „darf nicht" und aus den §§ 1323 und 1330 B. G. B. hervorgeht. Deshalb ist eine trotz dieses aufschiebenden Ehehindernisses geschlossene Ehe gültig und die alte Ehe bleibt aufgelöst, es sei denn, dass beide Ehegatten der neuen Ehe bei der Eheschliessung wussten, dass der Verschollene die Todeserklärung überlebt hat (§ 1348 Abs. 2 und 1 B. G. B.). Jeder an dem Tode des Verschollenen rechtlich Interessierte ist nach § 974 C. P. O. berechtigt, die Anfechtungsklage zu erheben. Mit Erhebung dieser Klage tritt das Ehehindernis in Kraft und verliert andererseits seine Wirkung, wenn die Anfechtungsklage ohne Erfolg geblieben ist oder wenn der Rechtsstreit durch Zurücknahme der Klage beendet ist.[3])

1) S. 248.

2) Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1349; Opet-Blume Anm. 2 zu § 1349.

3) Planck § 1349 Anm. 2a.

Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass durch Erhebung der in § 957 Abs. 2 C. P. O. aufgezählten formellen 6 Anfechtungsgründe das aufschiebende Ehehindernis des § 1349 B. G. B. bis zum Ablaufe von 10 Jahren nach Verkündung des Todeserklärungsurteils immer aufs neue auftreten kann.

Weil durch die erfolgreiche Anfechtungsklage der Todeserklärung, wie schon häufig erwähnt, die Vermutung der Auflösung der alten Ehe und die Berechtigung des zurückgebliebenen Ehegatten, zu einer neuen Ehe zu schreiten, hinfällig wird, so hat letzterer, falls er sich mit dem Gedanken an die Eingehung einer neuen Ehe trägt, aus diesen Gründen ein rechtliches Interesse daran, die Todeserklärung aufrecht zu erhalten, und er kann deshalb nach § 66 C. P. O. als Nebenintervenient in den Rechtsstreit eintreten, falls er nicht nach § 974 Abs. 2 C. P. O. Beklagter ist und so als Partei seine Rechte wahren kann.

Die Bestimmung des § 1349 B. G. B. hat nun aber den Umstand unberücksichtigt gelassen, dass neben einer Anfechtungsklage, die aus den formellen Gründen des § 957 Abs. 2 C. P. O. erhoben werden kann, und die innerhalb der Notfrist von einem Monat, — utiliter seit Kenntnis des Anfechtungsgrundes gerechnet und ohne Rücksicht auf diese Kenntnis binnen 10 Jahren seit Verkündung des Todeserklärungsurteiles — bei dem Landgericht des Anfechtungsgerichtes einzureichen ist, ebenfalls die materiellrechtliche Anfechtungsklage des § 973 C. P. O. ein aufschiebendes Ehehindernis im Sinne des § 1349 B. G. B. bildet, und dass dazu die Klage nach § 976 Abs. 1 C. P. O., wie auch Seite 42 erörtert ist, nur innerhalb der Präclusivfrist von einem Monat seit Verkündung des Todeserklärungsurteils zulässig ist. Da nun § 1349 B. G. B. sein aufschiebendes Ehehindernis für gegeben erachtet, wenn „das Urteil, durch das einer der Ehegatten für tot erklärt worden ist, im Wege der Klage angefochten ist", ohne zu bestimmen, welche von den beiden gegebenen Anfechtungsklagen gemeint ist, die formellrechtliche aus § 957 Abs. 2 C. P. O. oder die materiellrechtliche aus § 973 C. P. O., und dann fortfährt: „es sei denn, dass die Anfechtung — auch hier ist nicht gesagt, welche Anfechtungsklage gemeint ist — erst 10 Jahre nach der Verkündung des Urteils erfolgt ist," so könnte es zweifelhaft sein, ob die Bestimmung des § 976 Abs. 1 C. P. O., wodurch die Erhebung einer materiellrechtlichen Anfechtungsklage einen Monat nach der Verkündung des Ausschlussurteils ausgeschlossen sein soll, eine Ausnahme von der Vorschrift des § 1349 B. G. B. im Schlusssatz sein soll. Nach Planck's [1]) Ansicht will aber das Gesetz eine Untersuchung darüber, aus welchem Grunde die Anfechtung erfolgt ist, absichtlich vermeiden; deshalb soll das Ehehindernis auch nur aus dem Grunde wegfallen, wenn die Anfechtung unter allen Umständen

1) 1349 Anm. 2b (IV. S. 75).

unzulässig ist. Diese Ansicht scheint die allein richtige zu sein, zumal da man ja auch aus rein logischen Gründen jede Anfechtungsklage gegen die Todeserklärung als auf § 1349 B. G. B. anwendbar annehmen muss, wenn das Gesetz nicht die eine oder andere ausschliesst. Dann deckt sich diese Ansicht aber auch mit den Materialien und der Entwicklung dieses Paragraphen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Im § 1235 Abs. 2 des ersten Entwurfes, der bekanntlich dem heutigen § 1349 B. G. B. entspricht, war noch keine Zeit festgesetzt, innerhalb welcher die Todeserklärung angefochten werden musste, um für die Eingehung einer neuen Ehe noch ein Ehehindernis zu bilden. Erst in § 1215 Abs. 2 des Teilentwurfes der zweiten Lesung, der auch wiederum unserm heutigen § 1349 B. G. B. entspricht, wurde eine Bestimmung getroffen, die eine absolute Unzulässigkeit der Anfechtungsklage nach Ablauf einer zehnjährigen Frist seit Erlass des Todeserklärungsurteiles ausspricht. Dies geschah mit folgender Begründung[1]: „Nach § 835 Abs. 2 C. P. O. — dem heutigen § 958 C. P. O. — sei die Anfechtungsklage gegen das im Aufgebotsverfahren erlassene Ausschlussurteil unzulässig, wenn seit dem Erlasse des Ausschlussurteils 10 Jahre abgelaufen seien. Dies gelte auch für die Anfechtung der Todeserklärung, es könne daher einer erst nach Ablauf dieser 10 Jahre erhobenen und daher unzulässigen Anfechtungsklage nicht mehr die Wirkung eines aufschiebenden Ehehindernisses zukommen." Da die Fassung des § 1215 Abs. 2 des Teilentwurfes der zweiten Lesung in unveränderter Form auf § 1349 Abs. 2 B. G. B. übergegangen ist und der Gesetzgeber durch die neu hinzugefügte Bestimmung die Vorschrift des § 1349 B. G. B. mit der Bestimmung des § 958 C. P. O. in Einklang bringen wollte, dürfte die oben vertretene Ansicht richtig sein, und wir kommen so zu dem Resultat, dass die materiellrechtliche Anfechtungsklage des § 973 C. P. O. eine Ausnahme von § 1349 B. G. B. nicht darstellt, sondern dass auch für diese Anfechtungsklage die 10jährige Frist zu berücksichtigen ist.

Schliesslich ist noch hervorzuheben, dass das aufschiebende Ehehindernis des § 1349 B. G. B. nur für den Fall einer Anfechtungsklage besteht und nicht auch dann, wenn die Todesvermutung des Verschollenen durch irgend einen von dritter Seite erhobenen Parteiprozess auf berechtigte Zweifel stösst. Denn § 1349 B. G. B. geht auf solche Möglichkeit garnicht ein, spricht vielmehr ausschliesslich vom dem Todeserklärungsurteil, das im Wege der Klage angefochten wird. Dieses scheint aber keine gerechte und erschöpfende Lösung der Frage zu sein, zumal wenn man bedenkt, dass in einem Parteiprozesse einer Todesvermutung nicht nur wirksame Zweifel entgegentreten können, sondern dass die Todesvermutung in einem solchen Prozesse vielfach sogar glatt widerlegt und das Leben des Verschollenen bewiesen

1) Protokolle S. 4910 (Sitzung 266, VI.)

wird, während in einem formellrechtlichen Anfechtungsprozesse der Todeserklärung die Frage des Lebens oder Todes des für Toterklärten garnicht berührt wird. Mit Recht weist Lehmann [1]) auf ein Beispiel hin, in dem die vom Gesetzgeber offengelassene Frage recht deutlich in die Augen springt. Er weist auf die Möglichkeit hin, dass eine Versicherungsgesellschaft, die nach Ablauf der im § 976 C. P. O. gesetzten einmonatigen Präklusivfrist, gerechnet von Verkündung des Todeserklärungsurteiles, erfährt, dass der auf den Todesfall versicherte Verschollene noch garnicht tot ist, und deshalb die Rückzahlung der auf den Todesfall gestellten Versicherungssumme fordert oder, falls Auszahlung noch nicht erfolgt ist, diese verweigert, und in einem solchen Falle gegen den Inhaber der Lebensversicherungspolice einen Parteiprozess führt, weil die Anfechtungsklage gegen das Todeserklärungsurteil aus § 976 C. P. O. wegen Fristablaufes nicht mehr gegeben ist. Dieser Prozess kann sich doch nur um die Frage des Lebens oder des Todes des für tot Erklärten drehen, ventiliert also somit auch die Vermutung, ob seine Ehe noch besteht oder bereits aufgelöst ist; trotzdem wird man aber den zurückgelassenen Ehegatten nach der Bestimmung des § 1349 B. G. B. nicht hindern können, während des Schwebezustandes dieses Prozesses zu einer neuen Ehe zu schreiten und damit seine alte Ehe nach § 1348 B. G. B. definitiv zur Auflösung zubringen. Zwar sprechen auch noch für ein solches unerquickliches Resultat juristische Gründe, insofern nämlich nach § 322 Abs. 1 C. P. O Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig sind, als über den durch die Klage erhobenen Anspruch entschieden ist, und dass deshalb auch das Resultat des geglückten Gegenbeweises, d. i. die in der Urteilsbegründung des Parteiprozesses ausgesprochene Ueberzeugung des Richters von der Unrichtigkeit der Todeserklärung, den Tenor des Todeserklärungsurteils selbst, über das in diesem Prozess nicht entschieden ist, nicht abändern und somit dem zurückgebliebenen Ehegatten keineswegs das Recht nehmen kann, auf Grund der Todeserklärung nach § 1348 B. G. B. sich von neuem zu verheiraten. Es kann also in der Antretung des Gegenbeweises gelegentlich des erwähnten Parteiprozesses gegen die Richtigkeit der Todeserklärung eine Wirkung als aufschiebendes Ehehindernis für die neue Ehe juristisch keine Berechtigung gefunden werden.

Aber wenn auch im Falle eines für den zurückgebliebenen Ehegatten bei seiner Absicht, zu einer neuen Ehe zu schreiten, ungünstigen Ausganges des Parteiprozesses — für die Erlangung der Versicherungssumme natürlich günstigen Ausganges! — die Todesvermutung mit dem vom Gesetz gegebenen Wirkungen unberührt bleibt, weil das im Parteiprozess ergehende Urteil nur Wirkungen zwischen den Parteien erzeugt, und wenn auch trotz des gelungenen Gegenbeweises der Versicherungsgesellschaft das

1) S. 223 Anm. zu § 1349 B. G. B.

Todeserklärungsurteil und die durch dasselbe begründete Vermutung formell weiterbesteht, so verlieren diese Wirkungen doch durch die in dem Parteiprozesse bewirkte Aufdeckung der wahren Sachlage tatsächlich ihre Bedeutung. Zwar wird es dem zurückgebliebenen Ehegatten, falls er den festen Willen hierzu hat, unter gesetzlichem Schutze gelingen, eine neue Ehe perfekt zu machen und die alte Ehe endgültig zur Auflösung zu bringen, zumal da, wie noch später zu erörtern ist, zur Nichtigkeit der neuen Ehe positives Wissen beider Ehegatten der neuen Ehe vom Leben des Verschollenen erforderlich ist, und deshalb irgendwelche durch einen Parteiprozess bei diesen hervorgerufene, wenn auch noch so berechtigte Zweifel an dem Tode des Verschollenen für eine gültige neue Eheschliessung nicht von Einfluss sein können, so wird doch die wahre Sachlage bei den interessierten Personen bald bekannt werden, und diese werden dafür sorgen, dass der dieser Sachlage entsprechende tatsächliche Zustand — soweit er sich bei der nach § 1348 Abs. 2 S. 2 unanfechtbar bestehenden neuen Ehe dennoch z. B. in güterrechtlicher Beziehung und im familienrechtlichen Verhältnis der Eltern zu den Kindern abändern lässt — nötigenfalls im Wege eines neuen Parteiprozesses herbeigeführt wird, indem dann die Vermutung des § 18 B. G. B. abermals durch Gegenbeweis widerlegt wird.

---

c) Wie wirkt eine neue Ehe des zurückgelassenen Ehegatten auf die bestehende Ehe mit dem Verschollenen?

§ 18.

aa) Auflösung der alten Ehe, wenn die neue Ehe rechtsbeständig ist.

Die einschlägige Bestimmung des § 1348 Abs. 2 S. 1 B. G. B. sagt: „Mit der Schliessung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst". Es ist mit diesen Worten nicht gesagt, ob auch eine nichtige und anfechtbare Ehe imstande ist, die frühere Ehe zur Auflösung zu bringen. Ueber diese Frage ist deshalb ein Streit entstanden, der nach herrschender [1]) und richtiger Ansicht dahin entschieden ist, dass nur eine materiell und formell gültige neue Ehe die Voraussetzung für die Bestimmung des § 1348 Abs. 2

1) Fischer-Henle § 1348 Anm. V; Plank § 1348 Anm. 1; Opet-Blume § 1348 Anm. 2; Neumann S. 42 Anm. 3 u. § 1348; Leonhardt Band VII S. 254; Kuhlenbeck § 1348 Anm. 3; Endemann § 164, II. Abs. 3 S. 699; Cosack Ed. 2 289, II. 2.

S. 1 B. G. B. ist und dass nur eine solche Ehe die alte Ehe aufzulösen vermag. Dernburg [1]) vertritt hingegen die Ansicht, dass auch eine Ehe, die nichtig oder anfechtbar ist und angefochten wird, imstande ist, die frühere Ehe aufzulösen. Nur darüber herrscht bei beiden Parteien Einverständnis, dass eine sogenannte Nichtehe, matrimonium non existens, die der nach § 1317 B. G. B. vorgeschriebenen Form entbehrt und ausserdem nicht ins Heiratsregister eingetragen ist, oder auch die Ehe, die zwei Personen desselben Geschlechts formell geschlossen haben, keine eheauflösende Wirkung haben solle, weil solche Ehen im Gegensatz zu einer nichtigen Ehe, einer matrimonium nullum, gar keine Ehen im Rechtssinne sind und auch keine Rechtswirkungen im Sinne des Gesetzes herbeiführen können.

Es muss zunächst zugegeben werden, dass der Wortlaut des § 1348 B. G. B für beide Auffassungen Raum hat, denn unter „Ehe" versteht das Bürgerliche Gesetzbuch sowohl eine anfechtbare und nichtige als auch eine vollgültige Ehe. Nicht beweisend sind aber m. E. die Ausführungen, die Dernburg an der Hand der §§ 171 [2]) und 338 [3]) St. G. B. für seine Ansicht ins Treffen führt. Er nimmt an, dass durch diese beiden gesetzlichen Bestimmungen nach unbestrittener Ansicht — worin ihm beizupflichten ist [4]) — der Schliessung einer nichtigen Ehe dieselben strafrechtlichen Folgen drohen wie der Schliessung einer unanfechtbaren Ehe, deshalb müsse auch im Bürgerlichen Gesetzbuche, wenn von der Schliessung einer Ehe gesprochen wird, auch allgemein die Schliessung einer nichtigen Ehe gemeint sein können, und von diesem Standpunkt aus müsse auch § 1348 Abs. 2 Satz 1 B. G. B. betrachtet werden, auch hier genüge die Vornahme desjenigen formellen Aktes, der zur Abschliessung einer neuen Ehe erfordert wird, und mit diesem Akt wird nicht verlangt, dass die so abgeschlossene Ehe eine gültige sei.

Aber diese Schlussfolgerung ist m. E. nicht richtig. Wenn in den angeführten strafrechtlichen Bestimmungen der Eingehung einer nichtigen Ehe dieselben Strafen drohen, wie der Eingehung einer gültigen Ehe, so wird hiermit Dernburg's Ansicht insoweit bewiesen, dass die Schliessung einer nichtigen Ehe auch eine Ehe ist, daraus ist aber noch nicht zu folgern, dass deshalb, weil die im Strafgesetzbuch angedrohte Strafe trotz der Nichtigkeit der Ehe, durch die gegen das Strafgesetzbuch verstossen ist, bestehen bleibt, eine solche äquale oder parallele Wirkung — dass nämlich auch eine nichtige Ehe die im § 1348 Abs. 2 Satz 1 B. G. B. ausgedrückte Folge der Auflösung der früheren Ehe herbeiführt — auch im Bürgerlichen Gesetzbuch einzutreten

1) Dernburg's Festschrift S. 1 ff; Jacobi S. 58; Rehbein S. 11.

2) Ein Ehegatte, welcher eine neue Ehe eingeht, bevor seine Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, ingleichen eine unverheiratete Person, welche mit einem Ehegatten, wissend, dass er verheiratet ist, eine Ehe eingeht, wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft.

3) Ein Religionsdiener oder Personenstandsbeamter, welcher, wissend, dass eine Person verheiratet ist, eine neue Ehe derselben schliesst, wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft.

4) Liszt § 115, II, Abs. 1; Henle-Schierlinger, Erl. 1 zu § 171.

habe. Die §§ 171 und 338 St. G. B. haben auch einen ganz anderen Grundsatz und eine andere Ursache für ihr Bestehen als § 1348 B. G. B. Jene Bestimmungen haben das Verbot der Bigamie im Auge, sie wollen auf jeden Fall eine Doppelehe vermeiden und verlangen deshalb, dass keinesfalls eine neue Ehe geschlossen werde, bevor nicht das Nichtmehrvorhandensein der alten Ehe völlig klargestellt ist; die strafgesetzlichen Bestimmungen richten sich gegen die dolose Anwendung der Eheschliessungsform vor Auflösung oder Nichtigkeitserklärung der schon bestehenden Ehe, bei § 1348 B. G. B. hingegen handelt es sich einfach um die Frage, ob nach erfolgter Todeserklärung auch die Eingehung einer nichtigen Ehe die Wirkung haben soll, die frühere Ehe endgültig zur Auflösung zu bringen.[1] Es handelt sich also im Bürgerlichen Gesetzbuch um eine rein zivilrechtliche Frage und im Strafgesetzbuch um kriminelle Bestimmungen, sodass allein schon deshalb eine Berufung auf das Strafgesetzbuch Dernburg's Verteidigung für seine Ansicht bedenklich macht, alsdann ist aber als besonders schwerwiegendes Moment gegen seine Ansicht hervorzuheben, dass es sich bei seinem Vergleich um zwei ganz verschiedene Gesetze handelt, die von ganz verschiedenen Gesetzgebern geschaffen sind, sodass man diese beiden Gesetze unmöglich durch eine Parallele zusammenfassen kann und man nicht ohne weiteres das Motiv des einen Gesetzes einfach auf das andere übertragen darf. Derartige vergleichende Motive können wohl in ein und demselben Gesetz, z. B. im Bürgerlichen Gesetzbuch, herangezogen werden, da durch dieses ein einheitliches Ganzes geschaffen ist, an dem ein bestimmter Personenkreis gewirkt hat und in dem deshalb auch in allen seinen Teilen die Technik der Sprache stets die gleiche ist, nicht aber kann man eine solche Parallele zwischen zwei so verschiedenartigen Gesetzen ziehen, von denen das eine obendrein noch über 20 Jahre älter ist als das andere.

Dann betont Dernburg besonders, dass die „formell nichtige" Ehe, die matrimonium non existens, nur der Schein einer Ehe sei, während die „materiell nichtige" Ehe, die matrimonium nullum, das Resultat eines Eheschliessungsaktes sei, der mit Mängeln behaftet sei, „welche zwar die Entstehung einer vollgültigen Ehe hindern, aber eine ungültige Ehe begründen, die der Kraft einer normalen Ehe entbehrt, aber höchst wichtige Rechtswirkungen als Abart der Ehe hat."[2] Solche Rechtswirkungen erzeuge § 1699 B. G. B. durch die Möglichkeit, dass die Kinder aus einer nichtigen Ehe als ehelich rechtlich behandelt werden können, § 1721 B. G. B. durch die Bestimmung, dass uneheliche Kinder auch durch eine nachfolgende nichtige Ehe legitimiert werden können, und nach § 1324 B. G. B. könne eine nichtige Ehe durch Zeitablauf zu einer gültigen werden. Im Resultat teilen

1) Dochnahl, S. 321 ff.
2) Dernburg, Festschrift S. 16.

auch Hellwig[1]) und Kohler[2]) diese Ansicht Dernburgs über eine nichtige Ehe, wenn ersterer sagt, „dass die Nichtigkeitserklärung ein bestehendes, wenn auch fehlerhaft bestehendes Eheverhältnis voraussetzt", und wenn letzterer sagt, die nichtige Ehe sei im Gegensatz zur Nichtehe eine Ehe mit gewissen Rechtsfolgen.

Es kann bei dieser Beweisführung Dernburgs seiner Anschauung vom Wesen der nichtigen Ehe zugestimmt werden, es muss aber wiederum gesagt werden, dass man seiner Schlussdokumentation nicht folgen kann, dass sich aus solchen Voraussetzungen der Schluss ziehen lasse, dass auch eine nichtige und mit Erfolg angefochtene Ehe die frühere zur Auflösung bringe. Denn es ist allem Anschein nach bei nichtigen und mit Erfolg angefochtenen Ehen der Wille des Gesetzgebers, dass alle eingetretenen Wirkungen einer sich später als nichtig herausstellenden Ehe vernichtet werden sollen oder auch als nie eingetreten gelten sollen, soweit diese Wirkungen nicht ausdrücklich von der Vernichtung oder Giltigkeit ausgeschlossen sind, und nicht sollen alle eingetretenen Wirkungen einer nichtigen Ehe bestehen bleiben bis auf diejenigen, die das Gesetz durch Sonderbestimmungen ausdrücklich von der Vernichtung oder Gültigkeit ausschaltet. Wäre letzteres Wille des Gesetzgebers, so erschiene es doch sehr überflüssig, im § 1699 Abs. 1 Halbsatz 1 B. G. B. noch besonders hervorzuheben, dass ein Kind aus einer nichtigen Ehe, das im Falle der Gültigkeit der Ehe ehelich sein würde, als ehelich gilt. Der Gesetzgeber hätte bei der letzten Annahme einfach zu sagen brauchen oder sagen müssen: Ein Kind ist nicht ehelich, sofern beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliessung gekannt haben. In derselben Weise wäre es auch überflüssig gewesen, die Legitimation unehelicher Kinder durch nachfolgende nichtige Ehe in Ansehung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von der Legitimation unehelicher Kinder besonders hervorzuheben.

Wenn sich auch für die Dernburg'sche Ansicht in der Praxis viele Zweckmässigkeitsgründe ergeben, so ist doch für die hier vertretene allgemeine Ansicht, dass nämlich eine nichtige und eine mit Erfolg angefochtene Ehe nach § 1348 B. G. B. die frühere Ehe nicht zur Auflösung zu bringen vermag, als ein weiterer wichtiger Grund die Entstehungsgeschichte des § 1348 B. G. B. und die des später noch nach seiner besonderen Vorschrift zu behandelnden § 1350 B. G. B. beweisend.

Nach § 1464 des ersten Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches sollte eine neue Ehe, die anfechtbar wäre und mit Erfolg angefochten war, trotzdem sich hieraus die Nichtigkeit der neuen Ehe ergab, dennoch imstande sein, die frühere Ehe zur Auflösung zu bringen, es sollte aber nicht eine aus irgend

1) Anspruch und Klagrecht S. 465 No. 29.
2) Band 29 S. 8.

einem anderen Grunde nichtige neue Ehe die auflösende Kraft der alten Ehe haben. Es war diese letztere Bestimmung eine natürliche Folge des § 1252 Abs. 2 des ersten Entwurfes, der bestimmte, dass eine für nichtig erklärte Ehe so anzusehen sei, als ob sie nicht geschlossen wäre Da eine Ehe, die als nicht geschlossen angesehen wird, auch keine Wirkungen haben kann, so ist es verständlich, dass eine nichtige neue Ehe die frühere Ehe nicht zur Auflösung bringen sollte. Inconsequent erscheint es aber, eine mit Erfolg angefochtene Ehe nicht ebenso zu behandeln, da doch § 1260 Abs. 2 des ersten Entwurfes bestimmte, dass eine erfolgreich angefochtene Ehe ebenfalls als nicht geschlossen behandelt werden sollte, diese Abweichung motiviert [1]) der Gesetzgeber aber dahin, dass es „zu Unträglichkeiten führe, wenn von dem Willen des Anfechtungsberechtigten nicht nur der Bestand dieser Ehe, sondern auch der Fortbestand der früheren Ehe des für tot erklärten Ehegatten abhängt, und durch die erfolgreiche Anfechtung eine vielleicht von dem letzteren im Vertrauen auf seine Freiheit eingegangene Ehe vernichtet wird."

Der zweite Entwurf blieb im § 1482 und der zweite revidierte Entwurf (Bundesratsvorlage) im § 1333 — nur in der Fassung etwas verändert — auf dem obigen Standpunkt stehen, es trat aber im § 1483 die weitere Bestimmung hinzu, dass beiden Ehegatten der neuen Ehe, falls sie bei der Eheschliessung gutgläubig waren, ein Anfechtungsrecht bei Rückkehr des für Toterklärten gegeben werden sollte, und dass, falls diese Anfechtungsklage erfolgreich war, die frühere Ehe nicht zur Auflösung gebracht werden sollte, sodass eine in diesem Sinne anfechtbare Ehe mit der Wirkung einer nichtigen Ehe, die zweifelsohne nach dem ersten und zweiten Entwurf die frühere Ehe nicht aufzulösen vermochte, gleichgestellt wurde. Diese Bestimmung wurde deshalb getroffen, um bei der Rückkehr des Verschollenen die bei dem zurückgebliebenen Ehegatten ausgelösten Bedenken, und falls er katholisch war, die in ihm aufsteigenden religiösen Konflikte dadurch zu beseitigen, dass ihm Gelegenheit gegeben wurde, nach erfolgreicher Anfechtung der neuen Ehe die alte Ehe mit dem Verschollenen fortsetzen zu können.

Es wurde in dieser Lesung auch noch ein dahingehender Antrag [2]) gestellt, dass eine von dem Verschollenen im Vertrauen auf seine daheim durch Schliessung einer neuen Ehe seitens des zurückgebliebenen Ehegatten zur Auflösung gelangte Ehe in der Fremde neu geschlossene Ehe nicht aufgelöst werden sollte, falls die neue heimische Ehe nach § 1483 des zweiten Entwurfs angefochten würde. Und zwar wurde dies deshalb beantragt, weil bei erfolgreicher Anfechtung im Sinne des eben angeführten Paragraphen die erste Ehe des Verschollenen nicht zur Auflösung gelangt wäre, mithin seine zweite, in der Fremde geschlossene

1) Motive IV S. 644.

2) Protokolle II. Lesung S. 8641 ff.

Ehe wegen Bigamie nichtig wäre. Aber mit Rücksicht auf die Seltenheit eines solchen in der Praxis dastehenden Falles und im Hinblick darauf, dass man nicht aus zwingenden Gründen von der aufgestellten These abweichen wollte, dass eine im Sinne des § 1483 des zweiten Entwurfes angefochtene Ehe die frühere nicht zur Auflösung bringen solle, wurde der obige Antrag abgelehnt.

Von allen diesen Bestimmungen über die Wirkung einer nichtigen und erfolgreich angefochtenen neuen Ehe auf die frühere Ehe finden wir sowohl in der Reichstagsvorlage als auch im Bürgerlichen Gesetzbuch keine einzige wieder. Der Grund hierfür ist der, dass man mit Rücksicht auf die allgemein feststehenden Grundregeln über die Ehenichtigkeit, nach denen, wie oben hervorgehoben, alle Wirkungen der nichtigen Ehe als nicht eingetreten gelten sollten, falls nicht Ausnahmevorschriften Platz griffen, an dieser Stelle besondere Vorschriften für überflüssig erachtete. Und deshalb wollte man auch unter Rücksichtnahme auf die allgemeinen Regeln von der nichtigen Ehe, die im § 1343 Abs. 1 B. G. B. in gleicher Weise eine mit Erfolg angefochtene Ehe wie eine nichtige behandelten, insbesondere die Ausnahmevorschrift aufheben, nach der eine anfechtbare und mit Erfolg angefochtene Ehe die frühere Ehe nicht zur Auflösung bringen sollte. Zwar lässt sich diese Ansicht nicht durch eine ausdrückliche Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches stützen, aber es ist doch natürlich, wie Endemann [1]) hervorhebt, dass eine nichtige ebenso wie eine mit Erfolg angefochtene Ehe, von der es wenigstens ungewiss ist, ob nicht die meisten eingetretenen Rechtswirkungen mit rückwirkender Kraft wieder aufgehoben werden, nicht derartig schutzwürdig ist, dass um ihretwillen die frühere Ehe kraft Rechtsvorschrift definitiv aufgehoben werden muss.

Einen weiteren Beweis für die hier vertretene Ansicht liefert das Bürgerliche Gesetzbuch selbst in seinem § 1348. Denn, wie schon Seite 46 erläutert, kündigt der Gesetzgeber im Absatz 1 dieses Paragraphen für den Fall des Lebens des für Toterklärten eine Ausnahme von der Regel des § 1326 B. G. B. an, nach welchem eine solche Ehe wegen Doppelehe nichtig sein müsste, und im Absatz 2 Satz 1 gewährt er, wie auf Seite 46 hervorgehoben ist, den Rechtsgrund für diese Ankündigung, dass nämlich durch die neue Ehe die frühere Ehe aufgelöst werden soll, eine Bestimmung, die nach Halbsatz 2 des Absatzes 1 nicht eintreten soll — also § 1326 B. G. B. in Wirksamkeit bleiben soll —, wenn beide Ehegatten bei der Eheschliessung gewusst haben, dass der Verschollene die Todeserklärung überlebt hat, wenn also beide Ehegatten der neuen Ehe bösgläubig sind. Hieraus folgt doch zur Evidenz, dass man einer wegen Bösgläubigkeit nichtigen Ehe nicht die auflösende Kraft der früheren Ehe hat beilegen wollen. Ist nun aber eine Ehe anfechtbar und wird sie beispielsweise nach § 1350 B. G. B. angefochten, so ist diese angefochtene Ehe

1) cf. Band 2 § 164 Anm. 13.

nach § 1343 Abs. 1 B. G. B. als von Anfang an nichtig zu behandeln, sie steht also einer nichtigen Ehe gleich und ist deshalb nach der eben gegebenen Definition auch nicht imstande gewesen, die frühere Ehe zur Auflösung zu bringen. Und dass § 1343 B. G. B. für diese Fälle keine Gültigkeit haben soll, geht aus keiner Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches hervor, zum allerwenigsten aus dem § 1348 B. G. B.

Kehrt daher der Verschollene zurück und wird die neue Ehe von dem zurückgelassenen Ehegatten nach § 1350 B. G. B. mit Erfolg angefochten, so hat der letztere seine frühere Ehe mit dem Verschollenen fortzusetzen, ohne dass es einer neuen Eheschliessung bedarf, da die anfechtbare Ehe, die schon den Keim der Nichtigkeit in sich trug und durch die erfolgreiche Anfechtung gemäss § 1343 B. G. B. zu einer Ehe wurde, die einer nichtigen gleichgestellt wird, so ist diese auch nicht imstande gewesen, die frühere Ehe zur Auflösung zu bringen. Und dieser rechtliche Standpunkt entspricht auch dem Motiv des Gesetzgebers[1]). Es wurde nämlich bei der Beratung, welchen Weg man dem zurückgelassenen Ehegatten zur Hebung seiner Gewissensbedenken und religiösen Konflikte bei Rückkehr des früheren Ehegatten geben sollte — ob eine Klage auf Scheidung oder die Anfechtungsklage gegen die neue Ehe —, der Anfechtung der neuen Ehe der Vorzug gegeben, weil in diesem Falle, wie oben definiert ist und wie der Gesetzgeber es zweifelsohne will, die frühere Ehe gar nicht zur Auflösung gelangt ist und deshalb ohne jede Formalität fortzusetzen ist, bei der Ehescheidung aber die frühere Ehe nochmals geschlossen werden muss und eventuell der Weg zu einer dritten Ehe offen steht.

Dies alles dürften hinreichend Beweise sein, die für die diesseits vertretene Ansicht sprechen, wenn sich auch für die Praxis einige Unzuträglichkeiten ergeben könnten, die die Gegner für die Richtigkeit ihrer Ansicht ins Treffen führen. Ist nämlich die neue Ehe wegen Nichtigkeit oder erfolgreicher Anfechtung ungültig und deshalb die frühere Ehe nicht zur Auflösung gelangt, so wird dem zurückgelassenen Ehegatten auch gegen seinen Willen zugemutet, die Ehe mit dem Verschollenen fortzusetzen, der in vielen Fällen ein verkommener und verbummelter Mensch ist, der sich jahrelang — bei unseren heutigen gediegenen Verkehrsverhältnissen — absichtlich seinen ehelichen Pflichten und der Sorge für Weib und Kind entzogen hat und jedenfalls absichtlich — denn dieses hätte er tun können, wenn er sich beispielsweise zum Zwecke der Verjährung einer Straftat verborgen hält — die Seinen daheim jahrelang ohne Nachricht gelassen hat. Zur Belohnung für alle diese wahrscheinlichen Pflichtvergessenheiten gewährt ihm alsdann das Gesetz die Wohltat und Inkonsequenz, nachdem er des Vagabundierens müde ist oder seine Straftat verjährt ist

1) Protokolle II. Lesung S. 5768 ff.

und bei seinem Erscheinen die neue Ehe angefochten und nichtig ist, sich selbst wieder zur behaglichen Ruhe in ein warmes Nest zu setzen und seit Jahren erquickliche Familienverhältnisse der neuen Ehe in chikanöser Weise zu zerstören, falls er den neuen Gatten zur Anfechtung angestiftet hat.

Eine solche Gesetzeskonsequenz ist für den zurückgelassenen Ehegatten zwar peinlich, aber dennoch leicht zu vermeiden, wenn er von dem ihm aus den §§ 1331 bis 1335 und 1350 B. G. B. zustehenden Anfechtungsrecht keinen Gebrauch macht resp. seinen neuen Gatten hiervon abhält, oder wenn er, da er gesetzlich gezwungen ist, die Ehe mit dem Verbummelten fortzusetzen, es mit einer Scheidungsklage versucht. Es steht dem zurückgebliebenen Ehegatten nämlich in den weitaus meisten Fällen der relative Scheidungsgrund des § 1568 B. G. B. zur Seite, wonach es ihm nicht zugemutet werden kann, die Ehe mit dem des Vagabundierens müden früheren Ehemanne fortzusetzen, da dieser durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder durch ehrloses und unsittliches Verhalten eine — bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe — unheilbar tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat.

Aber auch bei Vertretung der Gegenansicht ergibt sich eine sehr wenig erfreuliche Misshelligkeit, die schon vorhin angedeutet ist. Ist nämlich die neue Ehe nichtig, und besteht infolgedessen nach der Gegenansicht weder diese noch die frühere Ehe, so kann kein Gesetz den zurückgebliebenen Ehegatten hindern, zu einer dritten Ehe seine Zuflucht zu nehmen, trotzdem die beiden anderen Ehegatten noch leben. Durch eine solche gesetzliche Konsequenz der von Dernburg vertretenen Ansicht widerspricht er seinen eigenen Ausführungen in seiner Abhandlung über „Die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung eines Gatten“ [1]), wo er bezüglich des § 1350 B. G. B. ausführt, dass ein solches Ergebnis dem Wesen der Ehe und dem Zwecke des Anfechtungsrechtes nicht entspreche, da das Recht nur zur Hebung der bei den Gatten der neuen Ehe sich einstellenden Gewissensbedenken gegeben ist.

Schliesslich wäre noch neben der Wirkung einer nichtigen und mit Erfolg angefochtenen Ehe auf die frühere Ehe die Wirkung auf eine von dem Verschollenen neu geschlossene Ehe einer Betrachtung zu unterziehen. Zwar kann ihm die erfolgte Todeserklärung nicht das Recht geben, dass sie dem zurückgebliebenen Ehegatten durch die Bestimmung des § 1348 B. G. B. auf Grund des Todeserklärungsurteils wegen der in diesem Ausschlussurteile ausgesprochenen Vermutung des eingetretenen Todes des Verschollenen gewährt, nämlich die Möglichkeit zur Eingehung einer neuen Ehe nach erfolgter Todeserklärung des anderen Teiles, und zwar kann ein solcher rechtlicher Vorzug

1) S. 23.

dem Verschollenen aus dem Grunde nicht gegeben werden, weil alle Verhältnisse nur auf den wirklichen Tod des Verschollenen basieren und § 1348 B. G. B. nur einen Schutz versprechen will, falls die Vermutung des wirklichen Todes falsch ist. Wohl kommt aber der Rechtgrund, der im § 1348 Abs. 2 Satz 1 B. G. B. ausgesprochen ist, auch dem Verschollenen zugute, dass nämlich durch die neue Eheschliessung seines zurückgebliebenen Ehegatten seine alte Ehe mit diesem definitiv zur Auflösung gelangt ist. Denn durch den Rechtsgrund des § 1348 Abs 2 Satz 1 B. G. B. ist die Bedingung des § 1309 Abs. 1 B. G. B. erfüllt, dass nämlich die frühere Ehe aufgelöst ist, wovon der Verschollene sehr gut durch öffentliche Blätter Kenntnis erlangt haben kann. Schreitet er nun auf Grund dieser Kenntnis zu einer neuen Ehe, so ist diese Ehe kraft Gesetzes genau so schutzwürdig, wie eine neue Ehe des zurückgelassenen Ehegatten. Hingegen ist eine neue Ehe des Verschollenen nach seiner erfolgten Todeserklärung, von der er auch durch öffentliche Blätter gehört haben kann, wegen Bigamie nichtig und strafbar.

Für die neue Ehe des Verschollenen kann aber trotz der bona fides eine Inkonsequenz eintreten, die der zweite Entwurf in § 1483, wie Seite 64 angeführt ist, bereits berücksichtigt hatte, aber ins Bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen ist. Ist nämlich die Ehe des zurückgelassenen Ehegatten nichtig oder erfolgreich angefochten, so ist nach der von uns vertretenen richtigen Ansicht die frühere Ehe mit dem Verschollenen garnicht zur Auflösung gelangt, der Verschollene lebt daher in dem eben gedachten Falle durch seine in der Fremde geschlossene Ehe in Doppelehe, und die Ehe in der Fremde ist deshalb nach § 1309 B. G. B. nichtig. Es ist dies eine unerquickliche Lösung, nicht zum mindesten für den ganz ahnungslosen neuen Ehegatten des Verschollenen, und diese Härte wird noch dazu ganz besonders fühlbar, wenn sich die Nichtigkeit der von dem zurückgelassenen Ehegatten nach erfolgter Todeserklärung des Verschollenen neu geschlossenen Ehe erst nach vielen Jahren herausstellt. Endemann [1]) betont, dass an diesem Beispiel der ganzen vom Gesetz sanktionierten Wirkung der Todeserklärung wieder der Boden entzogen werde, dass das Gesetz in völliges Schwanken gerate und nach keiner Richtung befriedige. Aber man muss auch hier wieder an der Hand der Praxis die Kehrseite prüfen und bedenken, wie selten bei den modernen Verkehrsverhältnissen ein Verschollener heutzutage schuldlos für tot erklärt wird. Entweder ist der für Toterklärte wirklich tot, oder er hat fahrlässig oder vorsätzlich seine Todeserklärung geschehen lassen. Wenn er also schon positiv weiss, dass die neue Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten nur auf dem Ausnahmewege des § 1348 B. G. B. und durch sein Verschulden zustande gekommen ist, so hätte er immerhin sich noch über die Rechtsbeständigkeit der neuen Ehe

1) II. S. 670.

seines zurückgelassenen Ehegatten vergewissern müssen, zum wenigsten hätte er, um ganz sicher zu gehen, nunmehr seinem früheren Ehegatten von seinem Nochleben schreiben müssen und dann nach 6 Monaten, von Empfang dieses Briefes an seinen Adressaten gerechnet, abermals feststellen müssen, ob die nach § 1350 B. G. B. gegebene Anfechtungsklage gegen die vom zurückgebliebenen Ehegatten neu geschlossene Ehe bewerkstelligt ist.

Eine solche Wirkung auf die zweite von dem Verschollenen in der Fremde geschlossene Ehe muss aber auch eintreten, damit die Motive, die den Gesetzgeber zur Schaffung des § 1350 B. G. B. bestimmt haben, in Wirkung treten können. Denn das Anfechtungsrecht aus § 1350 B. G. B. ist — wie bereits wiederholt gesagt — nur deshalb gegeben, um, falls bei dem zurückgelassenen Ehegatten bei Kenntnis vom Fortleben des Verschollenen Gewissensbedenken und religiöse Konflikte auftreten würden, diese dadurch beseitigen zu können, dass ihm durch erfolgreiche Anfechtung seiner neuen Ehe Gelegenheit zur Fortsetzung seiner Ehe mit dem Verschollenen gegeben würde; dieser beabsichtigte Erfolg des Gesetzgebers wäre aber illusorisch, wenn die zweite Ehe des Verschollenen rechtsbeständig und unlösbar wäre.

Es sei hier noch die Meinung verschiedener Kommentatoren[1]) widerlegt, die von dem Standpunkte ausgehen, dass die frühere Ehe nach Beseitigung der neuen nichtigen oder erfolgreich angefochtenen Ehe „wieder auflebe". Diese Auffassung scheint nicht richtig zu sein; denn wenn die Nichtigkeit der neuen Ehe durch die erfolgreiche Anfechtungsklage herbeigeführt worden ist, so wird durch dieses Urteil, wie es der von uns vertretene Standpunkt ergibt, mittelbar festgestellt, dass eine Auflösung der früheren Ehe nicht stattgefunden hat, und deshalb kann von einem „Wiederaufleben" im juristischen Sinne keine Rede sein. Denn das Wiedereintreten eines früheren Rechtsverhältnisses ist nur dann möglich, wenn dieses Rechtsverhältnis inzwischen wenigstens einen Moment nicht bestanden hat.[2]) Hier aber „ist die alte Ehe unverändert in Kraft geblieben."[3]) Aus denselben Gründen ist die Ausdrucksweise Hachenburgs[4]) zu verwerfen, wenn er davon spricht, dass die frühere Ehe „wieder rechtsbeständig" wird.

Unter diesen Abschnitt gehört schliesslich noch die Streitfrage, welchen Namen die zurückgelassene Gattin nach Auflösung der zweiten Ehe bei erfolgreicher Anfechtungsklage zu führen hat. Süssheim[5]) meint: „Wird die zweite Ehe aufgelöst, so hat die in zweiter Ehe verheiratet gewesene Ehefrau hinsichtlich der Namenssetzung im wesentlichen die Stellung der geschiedenen

1) Planck IV S. 77; Erler S. 229; Matthiass II S. 207; Haidlen S. 73; Jacobi S. 58.
2) Richter S. 82.
3) Cosack Bd. II S. 453; Staudinger S. 105; Schmidt-Hubicht S. 140; Opet-Blume Bem. S. 88; Protokolle S. 5938.
4) S. 354.
5) In Gruchot's Beitrigen Bd. 43 S. 581.

Ehefrau. Als solche behält sie zunächst den Familiennamen ihres Ehemannes". Hierbei lässt er sich aber m. E. unrichtiger Weise von einem Gedanken leiten, der mit Rücksicht auf § 1351 B. G. B. nahe liegt, aber keinesfalls auf andere Rechtsverhältnisse als hier angegeben übertragen werden darf. Denn die Bestimmung des § 1351 B. G. B. ist einzig und allein in vermögensrechtlicher Beziehung mit Rücksicht auf die Anfechtung aus § 1350 B. G. B. gegeben, um dem unwissenden Dritten eine Entschädigung „für die verlorene Zeit und Arbeitskraft und den Verlust der erblichen Aussichten" zu gewähren und um eventuell einen Missbrauch mit dem durch § 1350 B. G. B. gegebenen Anfechtungsrecht zu verhüten.[1]) Es wird vielmehr analog der von uns vertretenen Ansicht auch der Name der zweitverheirateten Ehefrau wie alle Rechtsverhältnisse der neuen nichtigen und mit Erfolg angefochtenen Ehe mit Wirkung ex tunc aufgehoben oder er gilt als nie entstanden; und da aus demselben Grunde die frühere Ehe nie zur Auflösung gelangt ist, hat die Frau mit Nichtigkeitserklärung der zweiten neuen Ehe den Namen ihres für tot erklärten Ehemannes zu führen.

§ 19.

Die frühere Ehe des für Toterklärten wird durch eine neue Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten aufgelöst, wenn in dieser neuen Ehe auch nur ein Ehegatte gutgläubig ist.

Wir haben an der Hand obiger Ausführungen gesehen, dass mit Schliessung einer neuen Ehe nach erfolgter Todeserklärung des verschollenen Ehegatten die frühere Ehe selbst bei dem Fortleben des letzteren zur Auflösung gelangt, aber nur für den Fall, dass die neue Ehe eine gültige ist. Das Gesetz stellt aber noch eine zweite Bedingung auf, damit diese Wirkung erzielt wird. Weil nämlich der Gesetzgeber die Bestimmung des § 1348 B. G. B. nur aus dem Grunde gegeben hat, um diejenigen Personen, die in einer neuen Ehe ihr Wohl und ihr Fortkommen zu finden glauben, bei der stets drohenden Rückkehr des Verschollenen und der alsdann wegen Doppelehe neuen nichtigen Ehe von einem solchen Schritte im öffentlichen Interesse nicht zurückzuhalten und ebenfalls den Bestand einer neu geschlossenen Ehe, die zum besseren Auskommen des zurückgebliebenen Ehegatten und zur besseren Erziehung der halbwaisen Kinder zu erhalten ist, im Staatsinteresse nach Kräften zu schützen und zu fördern, — so würden alle diese Motive und edlen Vorsätze des Gesetzgebers hinfällig sein, wenn die Ehegatten der neuen

1) Protokolle II. Lesung S. 5938.

Ehe bezüglich des Fortlebens des Verschollenen im bösen Glauben wären; die gesetzliche Protektion für die Eingehung einer neuen Ehe wäre in diesem Falle nichts anderes „als eine Belohnung für bewusst rechtswidriges Handeln; denn dann würde der ehebrecherische [1]) Gatte dieselbe Erleichterung geniessen als eine solche stellt sich die Möglichkeit der Eingehung einer neuen Ehe trotz des bestehenden alten Ehebandes dar — wie der gutgläubige Teil; nur für letzteren aber kann und will natürlich das Gesetz diese Erleichterung schaffen. Ausserdem würde damit der Gesetzgeber den Parteien ein Mittel an die Hand geben, mit dessen Hilfe sie das Verbot der Doppelehe umgehen könnten.“ [2]) Deshalb bestimmt der Gesetzgeber im Absatz 1 des § 1348 B. G. B., dass eine neue Ehe nach erfolgter Todeserklärung nichtig ist, wenn beide Ehegatten der neuen Ehe bei ihrer Eheschliessung wissen, dass der Verschollene die Todeserklärung überlebt hat.

Zwar war der Gesetzgeber sich von vornherein darüber schlüssig, dass Bösgläubigkeit bei Schliessung der neuen Ehe der Rechtswohltat der Auflösung der früheren Ehe nicht teilhaftig sein sollte, doch schwankte man bezüglich der Frage, ob Bösgläubigkeit beider Ehegatten der neuen Ehe vorhanden sein müsste, um die frühere Ehe nicht zur Auflösung zu bringen, oder ob bereits Bösgläubigkeit eines Ehegatten und hier — welches Ehegatten genügen sollte. Der Planck'sche Entwurf des Familienrechts wollte im § 269 Abs. 2 die alte Ehe durch die neue Ehe nicht aufgelöst wissen, „wenn der Ehegatte des Toterklärten zur Zeit der Eingehung der neuen Ehe gewusst hat, dass der letztere damals noch am Leben war“, weil nach der „Begründung des Entwurfs eines Familienrechtes“ [3]) der Weg zum Abschluss einer neuen Ehe nach dem Zwecke der besonderen Bestimmungen über die Todeserklärung nur demjenigen offen stehen sollte, der auf die Richtigkeit der Todeserklärung baut.

Denselben Standpunkt vertrat auch der erste Entwurf im § 1464 Abs. 3 mit der im Abs. 1 und 2 desselben Paragraphen begründeten Motivierung, dem auf die Richtigkeit der Todeserklärung des Verschollenen fest vertrauenden zurückgelassenen Ehegatten die Möglichkeit zu gewähren, eine neue gültige Ehe einzugehen. Es wurde bereits schon in der Kommissionssitzung der ersten Lesung der Standpunkt vertreten, die Auflösung der alten Ehe durch Schliessung einer neuen Ehe nur für den Fall nicht eintreten zu lassen, wenn beide Ehegatten der neuen Ehe bösgläubig waren. Ein solcher Vorschlag wurde aber zurückgewiesen, zunächst unter Berücksichtigung der Strafvorschriften über die Bigamie, da dann ein Bösgläubiger eine civilrechtlich gültige

1) Denn wer trotz Kenntnis des Fortlebens des für Toterklärten eine neue Ehe eingeht, ist wegen Bigamie nach § 171 St. G. B. strafbar, wenn auch die Ehe, da nur ein Teil bösgläubig ist, civilrechtlich gültig ist.

2) Dziekan S. 46.

3) Protokolle S. 1182.

Ehe eingehen könnte, wodurch er gleichzeitig gegen die Strafvorschriften der Bigamie verstosse, andererseits aber wollte man, wie auch schon in der Redactionsvorlage begründet ist, nur dem zurückgebliebenen Ehegatten zu seinem Wohle und zum Fortkommen seiner Kinder die Eingehung einer neuen Ehe und zwar nur dann gestatten, wenn er auf den Tod seines verschollenen Ehegatten fest vertraut. Nur um diesen sozialen Zweck zu erreichen und strikte durchzuführen, glaubte der Gesetzgeber der Kenntnis des Dritten gegenüber der Unkenntnis des der staatlichen Hilfe wert erscheinenden zurückgebliebenen Ehegatten kein Gewicht beilegen zu müssen.[1])

Gegen eine solche einseitige Regelung dieser Materie machten sich aber mit Recht in der Literatur[2]) allerlei Bedenken geltend. Besonders hob Zrodlowski[3]) hervor, dass ebensogut der dritte Ehegatte, der mit dem zurückgelassenen Ehegatten die neue Ehe eingehe, bösgläubig sein könne, und dass es in diesem Falle nicht recht verständlich sei, weshalb dessen Bösgläubigkeit gesetzlich besser gestellt sein sollte, als die des conjux binubus; eine neue Ehe also gültig sein solle, wenn der Dritte positiv wisse, dass der Verschollene noch lebt. Dazu komme noch, dass der böse Glaube des Dritten nach Halbsatz 2 des § 171 St. G. B. ebensogut strafbar sei, wie die mala fides des zurückgelassenen Ehegatten nach Halbsatz 1 dieser Bestimmung, also die civilrechtlich gültige neue Ehe zu einer gesetzwidrigen mache. Wenn schon einseitige Kenntnis vom Fortleben des Verschollenen genügen solle, um den Weg für eine neue Ehe offen zu halten, so dürfe auf beiden Seiten kein Unterschied gemacht werden. Diesen Erwägungen gab dann auch der zweite und dritte Entwurf sowie das Bürgerliche Gesetzbuch Raum und bestimmte, dass nur bei Bösgläubigkeit beider Ehegatten der neuen Ehe diese nichtig sein sollte. Ein solcher Standpunkt ist auch richtig: denn man muss die Sache eben nicht einseitig betrachten, sondern sich auch vor Augen führen, welche Wirkung bei Bösgläubigkeit des einen Teils auf Seiten des Gutgläubigen ausgelöst wird. Es soll zugegeben werden, dass es eine verderbliche Belohnung für die moralische Qualität des Bösgläubigen ist, wenn ihm trotz seines rechtswidrigen Handelns die Segnung einer rechtsgültigen Ehe zuteil wird, aber man muss hierbei bedenken, dass diese Segnung nach dem Willen des Gesetzgebers nur dem anderen schutzwürdigen Teile zugute kommen soll und sich nur als notwendige, wenn auch unverdiente Folge auch auf den anderen Teil erstreckt. Man muss berücksichtigen, dass z. B. der zurückgelassene Ehegatte vom Fortleben seines ersten Gatten und von der Kenntnis seines jetzigen Gatten, d. h. von dessen Bösgläubigkeit inbezug auf das Leben des ersten Gatten, gar keine Ahnung

1) cf. Motive IV, S. 643.

2) Zusammenstellung gutachtlicher Aeusserungen IV S. 837.

3) S. 47.

hat und dass für diesen Fall eine Nichtigkeit der neuen Ehe dieselben üblen und unverdienten Folgen über den gutgläubigen Ehegatten, der doch bedeutend schutzwürdiger ist, heraufbeschwören würde wie über den bösgläubigen Teil der neuen Ehe. Deshalb ist der Gesetzgeber auch hier seinem alten Princip gefolgt und hat bei dem Widerstreit der Interessen von zwei Uebeln das kleinere gewählt, indem er dort, wo guter und böser Glaube einander gegenüber stehen [1]) und beide Teile mehr oder weniger trifft, den guten Glauben nach Möglichkeit geschützt hat. [2]) Und so bestimmt er denn, dass trotz Bösgläubigkeit des einen Teiles der neuen Ehe diese doch gültig sein solle und ihre Nichtigkeit nach § 1326 B. G. B. nur wegen Kenntnis beider Ehegatten der neuen Ehe vom Fortleben des für Toterklärten begründet sein solle.

Sollte aber trotzdem der gutgläubige Ehegatte in der neuen Ehe nicht seine innere Befriedigung finden, falls er erfährt, dass der verschollene Ehegatte noch lebt, so hat der Gesetzgeber dem Gutgläubigen mit der Rücksicht, dass die neue Ehe nur zu seinem Heile vor der Nichtigkeit bewahrt wurde, nunmehr bei der neuen Situation eine 6 monatige Bedenkzeit gewährt, innerhalb welcher er sich bei der alsdann aufgedeckten Sachlage der Bösgläubigkeit des anderen Teiles gemäss § 1350 B. G. B. für die alte (falls der conjux binubus gutgläubig ist) oder neue Ehe definitiv entscheiden kann. Es ist dies eine vorzügliche Lösung für die Konsequenzen, die immerhin noch bei dem oben erläuterten, durch Schutz des guten Glaubens vom Gesetzgeber nach Möglichkeit beseitigten Widerstreit der Interessen bestehen bleiben könnten. Andererseits dürfte aber auch, falls eine Anfechtung der neuen Ehe nach § 1350 B. G. B. nicht mehr gegeben ist, weil der nach Schliessung der neuen Ehe noch gelebt habende Verschollene vor Einreichung der Anfechtungsklage verstorben ist, eine Anfechtungsklage wegen arglistiger Täuschung nach § 1334 B. G. B. unter Berücksichtigung, dass die Bösgläubigkeit der §§ 1348 und 1350 B. G. B. positive Kenntnis vom Fortleben des Verschollenen voraussetzt, in fast allen Tatfällen gegeben sein. [3])

Zu bemerken ist nun noch an dieser Stelle, dass die Bösgläubigkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch eine andere Kenntnis zur Voraussetzung hat, wie wir es oben beim ersten Entwurf gesehen haben. Nach § 1348 B. G. B. ist Bösgläubigkeit dann vorhanden, wenn beide Ehegatten der neuen Ehe bei der Eheschliessung wissen, dass der Verschollene die Todeserklärung überlebt hat. Nach dem ersten Entwurf war die neue Ehe aber nur nichtig, wenn der zurückgebliebene Ehegatte zur Zeit der neuen Eheschliessung Kenntnis vom Fortleben des Verschollenen

1) Motive IV S. 641 ff; Lehmann S. 156.

2) cf. die übrigen Best., bei denen der Gesetzg. den guten Glauben geschützt hat: §§ 1344, 1424, 1435, 1682, 1699, 2370; §§ 892, 932, 936 Abs. 2, 2024, 2025, 2366, 2367.

3) Lehmann S. 157.

hatte, weil man einer Ausdehnung der Kenntnis bis auf die Todeserklärung für eine Steigerung [1]) der an und für sich schon bestehenden Härte auf seiten des gutgläubigen Gatten ansah. Ein solcher Standpunkt stiess aber in der Literatur vielfach auf Widerspruch,[2]) weil durch die im § 1464 Abs. 3 des ersten Entwurfs niedergelegte Kenntnis vom Leben des Verschollenen zur Zeit der neuen Eheschliessung zu enge Grenzen gezogen waren; denn es wäre doch erklärlich, dass eine solche Kenntnis äusserst selten vorkommen würde, weil eine Bösgläubigkeit zur Zeit der Todeserklärung wohl häufig und wahrscheinlich sein würde, aber dass deshalb die Kenntnis, dass der Verschollene nun auch noch zur Zeit der neuen Eheschliessung lebe, absolut nicht vorhanden zu sein brauche. Aus diesem Grunde legt das Bürgerliche Gesetzbuch mit vollem Recht den Schwerpunkt auf die Kenntnis vom Ueberleben der Todeserklärung,[3]) weil mit der Todeserklärung und der in ihr ausgesprochenen Vermutung vom Tode des Verschollenen die ganze Wirkung der Todeserklärung steht und fällt,[4]) somit positives Wissen vom Leben des Verschollenen zur Zeit der Todeserklärung letztere illusorisch macht, weshalb auch in einem solchen Falle das Haupterfordernis zur Erfüllung des § 1348 B. G. B. nicht einwandfrei sein kann. Dazu kommt aber auch noch, dass der Grund, der bei dem ersten Entwurf den Gesetzgeber veranlasste, für den gutgläubigen zurückgebliebenen Ehegatten nur die Kenntnis vom Fortleben des Verschollenen zur Zeit der neuen Eheschliessung zu verlangen, weil die Kenntnis zur Zeit der Todeserklärung für diesen gutgläubigen Teil eine Steigerung der an sich schon vorhandenen Härten bedeute, nunmehr in Wegfall komme, da dieser gutgläubige Teil nunmehr ebenfalls bösgläubig sein muss, weil eben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Bösgläubigkeit auf seiten beider Ehegatten vorhanden sein muss, um die neue Ehe nichtig machen zu können.

Unter diesem Abschnitt wäre noch zu erörtern, wie nach dem Wortlaut dieser Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches zu verfahren ist, wenn der Verschollene mit Wissen beider Ehegatten der neuen Ehe zwar die Todeserklärung überlebt, dann aber später ohne Wissen der beiden Ehegatten vor der neuen Eheschliessung verstorben ist. An sich müsste eine solche Ehe nach dem blossen Wortlaut der Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches nichtig sein, da der im Satz 2 Abs. 1 des § 1348 B. G. B. geforderte Tatbestand nach jeder Richtung erfüllt ist. Aber ein solches Festklammern am Buchstaben des Gesetzes führt zu keinem befriedigendem Resultat, weil den tatsächlichen Verhältnissen in einem solchen Falle eine stärkere Kraft innewohnt.

1) Motive IV S. 613.

2) Zusammenst. gutachtl. Aeusserungen IV S. 337; Zrodlowski S. 47.

3) Anderer Meinung Kuhlenbeck: Von den Pandecten bis zum B. G. B. I S. 92 ff.

4) Ders. Grundgedanke in den Prot. S. 5776.

Das Bewusstsein der neuen Ehegatten, dass der Verschollene noch am Leben sei, entspricht in dem gedachten Falle nicht der Wirklichkeit, da der Verschollene tatsächlich bereits verstorben ist, und der dann nur noch vorhandene Putativdolus der neuen Gatten kann den Tatbestand einer Doppelehe, die die Nichtigkeit der neuen Ehe im Gefolge hat, keineswegs herbeiführen. Denn dass der Tod die alte Ehe zur Auflösung gebracht hat, ist völlig selbstverständlich, wie auch die Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches in ihrer 501. Sitzung vom 18. Dezember 1885 durch Streichung des § 267 des Planck'schen Entwurfes dargetan hat,[1]) der besagte, dass der Tod eines Ehegatten die Ehe beendige. Der Verschollene ist bei Abschluss der zweiten Ehe in Wirklichkeit tot, die frühere Ehe ist somit im Augenblicke des Todes durch den blossen Eintritt dieser Tatsache zur Auflösung gelangt. Daraus folgt, dass es gleichgültig ist, ob die neuen Ehegatten Kenntnis von der Tatsache des Todes hatten oder nicht oder ob sie auch nur infolge eines Irrtums annehmen mussten, der Verschollene sei noch am Leben. Die Bösgläubigkeit kann daher im obigen Falle auch an der nun einmal eingetretenen Tatsache des Todes und der aus dem Tode sich ergebenden allgemeinen gesetzlichen Konsequenzen nichts korrigieren, die neue Ehe ist trotz Bösgläubigkeit der beiden neuen Ehegatten rechtsgültig.[2]) Endemann[3]) geht sogar so weit, die Gültigkeit der neuen Ehe im Gegensatz zur Kipp'schen[4]) Ansicht auch dann eintreten zu lassen, wenn bei obigem Tatbestande die neue Ehe nach dem Grundsatz des § 117 B. G. B. nur zum Scheine geschlossen sein sollte. Aber wie selten tritt ein solcher Fall einmal in der Praxis ein! Allerdings müsste man theoretisch den Ausführungen Endemann's beitreten, denn ebensowenig wie Bösgläubigkeit kann auch nicht Simulation dem Gültigwerden der neuen Ehe entgegenstehen, wenn die frühere Ehe vor der neuen durch den Tod des Verschollenen zur Auflösung gelangt ist; denn theoretisch ist der Grundsatz des § 117 B. G. B., dass ein simuliertes Rechtsgeschäft nichtig ist, auf die Ehe nicht anwendbar, da die §§ 1323, 1330 B. G. B. eine durch einen simulierten Rechtsakt entstandene Ehe nicht als nichtig oder anfechtbar bezeichnen. Es liegt nämlich einem simulierten Rechtsgeschäft, bei dem die dem anderen Teile abzugebende Willenserklärung mit dessen Einverständnisse nur zum Schein abgegeben ist, weder Irrtum noch arglistige Täuschung zugrunde.

Anders würde die Rechtslage sein, wenn bei dem gedachten Fall der Verschollene den Abschluss der neuen Ehe noch erlebt hat und dann während der neuen Ehe verstorben wäre, bevor die Nichtigkeit der neuen Ehe geltend gemacht ist. In diesem

1) Protok. I. Lesung S. 7126 ff.

2) Fischer-Henle Anm. 4 zu § 1348; Planck S. 73 Anm. 1 zu § 1348; Schmidt-Habicht S. 186 Anm. 3c; Staudinger IV S. [illegible] Anm. 3.

3) II S. 669 Anm. 15.

4) Windscheid I S. 328.

Falle ist eine neue gültige Ehe nach § 1348 Abs. 1 gar nicht zustande gekommen, da diese Ehe wegen Nichtauflösung der früheren Ehe eine Doppelehe ist. Sie kann nun auch nicht durch den später erfolgten Tod des Verschollenen zu einer gültigen werden, da Konvalescenz der neuen nichtigen Ehe ausgeschlossen ist. Zwar hatte der erste Entwurf die Heilung einer solchen wegen Bigamie nichtigen neuen Ehe aus Billigkeitsrücksichten vorgesehen, doch mit Rücksicht auf die Strafvorschriften des § 171 St. G. B., mit denen ein solcher gesetzlicher Standpunkt im Widerspruch steht, ist man von einer solchen Regelung wieder abgekommen.[1])

§ 20.

bb) Eventuelle Folgen der neuen Ehe.

Wenn eine nach erfolgter Todeserklärung des Verschollenen auf Grund von § 1348 B. G. B. geschlossene neue Ehe wegen der Gutgläubigkeit eines dieser beiden neuen Ehegatten nach Abs. 1 dieses Paragraphen nicht nichtig ist, die alte Ehe mit Schliessung der neuen Ehe aufgelöst ist und nach Ablauf der im § 1350 B. G. B. bestimmten Frist im allgemeinen die Auflösung der früheren Ehe eine unabwendbare ist, so entsteht die Frage, ob der bösgläubige Teil der neuen Ehe, trotzdem diese civilrechtlich völlig unantastbar ist, dennoch wegen Bigamie nach § 171 St. G. B. strafbar ist. Nach dieser Bestimmung macht sich der Ehegatte strafbar, der eine neue Ehe eingeht, bevor seine frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, ingleichen eine unverheiratete Person, welche mit einem Ehegatten, wissend dass er verheiratet ist, eine Ehe eingeht. Geht also der zurückgebliebene Ehegatte, wissend dass sein für tot erklärter Gatte noch lebt, eine neue Ehe ein, so macht er sich, wenn auch wegen der Gutgläubigkeit des anderen Teiles die frühere Ehe durch diese neue zur Auflösung gelangt, dennoch nach § 171 St. G. B. der Bigamie schuldig. Es hat nämlich die alte Ehe noch bestanden, während die neue geschlossen wurde, die Bigamie wird durch den Abschluss der neuen Ehe begangen. Es ist somit eine Ehe eingegangen, welche nach § 1348 B. G. B. die frühere Ehe zur Auflösung gebracht hat, sie ist aber seitens des zurückgebliebenen Ehegatten in Erfüllung der strafrechtlichen Erfordernisse des § 171 St. G. B. eingegangen, bevor die alte Ehe aufgelöst ist. Es ist diese Eheschliessungshandlung des Bösgläubigen vom Anfang bis zum Schluss mit der Eigenschaft der Ungesetzlichkeit, des Verstosses gegen § 171 St. G. B., behaftet.[2]) Die Eheauflösung ist erst eine Folge der verbrecherischen Tat des zurückgebliebenen Ehegatten und kann

1) Motive IV S. 52.

2) Francke D. J. Z. 97, 382; Staudinger Anm. 8 z. § 1348; Endemann II § 164 Note 14; zweifelnd Rehbein D. J. Z. 97, 197 ff.

somit nicht als befreiendes Tatbestandsmerkmal für deren Beurteilung gelten. Hierbei ist es nach den strafrechtlichen Grundsätzen des § 171 St. G. B. gleichgültig — wie oben bei der Widerlegung der Dernburg'schen Ansicht ausgeführt ist, dass nur eine gültige Ehe die frühere zur Auflösung bringt —, ob die neue nichtig oder anfechtbar ist, ebenso ob die alte Ehe gültig, nichtig oder anfechtbar ist,[1]) es genügt, dass die gesetzliche Eheschliessungsform des § 1317 B. G. B. erfüllt ist. In derselben Weise macht sich der bisher unverheiratet gewesene Gatte der neuen Ehe bei Bösgläubigkeit bezüglich des Lebens des Verschollenen nach Halbsatz 2 des § 171 St. G. B. strafbar. Aber auch der Verschollene macht sich durch eine neue Ehe wegen Bigamie strafbar, wenn der zurückgebliebene Ehegatte noch lebt und keine neue Ehe geschlossen hat. Entgegen der von Lorenz[2]) vertretenen Ansicht möchte ich aber doch annehmen, dass der Verschollene, selbst wenn der zurückgebliebene Ehegatte eine neue Ehe geschlossen hat, die frühere also nach § 1348 Abs. 3 Satz 1 B. G. B. definitiv zur Auflösung gelangt ist, sich eventuell wegen Bigamie strafbar macht, weil diese Ehe immer noch nach § 1350 B. G. B. anfechtbar ist und einer anfechtbaren Ehe der Keim der Nichtigkeit innewohnt, der Verschollene sich also mindestens mit einem dolus eventualis belastet, falls er sich nicht, wie oben Seite 68 und 69 bei der Auflösung der früheren Ehe durch eine gültige neue Ehe inbezug auf das Rechtsverhältnis des Verschollenen eingehend ausgeführt ist, vergewissert hat, dass von dem Anfechtungsrecht des § 1350 B. G. B. kein Gebrauch gemacht ist.

Hat nun der zurückgebliebene Ehegatte in obiger Weise gegen die Vorschriften des § 171 St. G. B. verstossen, so kann der noch lebende Verschollene, falls die neue Ehe auf Grund einer Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage für nichtig erklärt und dabei die frühere Ehe, wie oben ausgeführt, garnicht zur Auflösung gelangt ist, nach § 1565 Abs. 1 B. G. B. wegen Ehebruchs mit Erfolg auf Scheidung klagen. Eine sehr unliebsame Konsequenz würde hier die Anfechtungsklage aus § 1350 B. G. B. zeitigen, falls nämlich der gutgläubige zurückgebliebene Ehegatte aus Freude über das Wiederauftauchen seines für tot geglaubten Ehegatten oder auch aus Sehnsucht nach ihm oder wegen seiner inneren Konflikte die neue Ehe anficht und der fälschlich für tot erklärte Ehegatte, bei dem jede Sympathie für seinen früheren Gatten erloschen ist, sich weigert, die Ehe mit diesem fortzusetzen, sowohl die Aufnahme des früheren Gatten als auch jede Ehe- und Lebensgemeinschaft mit ihm ablehnt — denn in jeder, auch der geringsten Zuneigungshandlung könnte ein Verzeihen begründet sein — und nach § 1565 B. G. B. die Ehescheidungsklage gegen den willig an seiner Seite fortleben wollenden und völlig unschuldig ehebrecherischen Gatten einreicht,

1) Liszt § 115, II Abs. 1: Henle-Schierlinger, Erl. I zu § 171 St. G. B.
2) S. 30.

der durch die neue Eheschliessung stets nur das Beste für das Fortkommen der Kinder im Auge hatte.

Eine weitere Frage ist es, ob der gutgläubige Ehegatte der neuen Ehe gegenüber dem bösgläubigen neben dem ihm nach § 1350 B. G. B. beim Fortleben des Verschollenen zustehenden Anfechtungsrecht auch noch das Recht hat, nach § 1565 Abs. 1 B. G. B. auf Scheidung zu klagen, weil der andere Ehegatte sich nach § 171 St. G. B. der Bigamie schuldig gemacht hat. Erler[1]) verneint dieses, „da § 1565 Abs. 1 B. G. B. voraussetzt, dass der andere Ehegatte während der Ehe mit dem auf Scheidung klagenden Ehegatten und unter Verletzung der durch diese Ehe begründeten Pflichten sich jenes Verstosses schuldig macht, was hier nicht zutrifft". Es ist dies auch zugleich die herrschende Ansicht, es ist, wie Planck[2]) sagt, durch die Natur des Scheidungsrechtes auch durchaus gerechtfertigt, dass das Verbrechen als Scheidungsgrund während der Ehe entstanden sein muss. Deshalb dürfte eine Scheidungsklage, wie sie zum Schluss des vorigen Absatzes gedacht ist, auch ohne Erfolg sein. — Man muss übrigens mit Erler auch zu dem Schluss kommen, dass eine Doppelehe während der neuen Ehe garnicht bestanden hat, ohne damit die oben vertretene Ansicht umzustossen, dass die neue Ehe während des Bestandes der alten Ehe geschlossen ist. Denn allein der Entstehungsakt der neuen Ehe für sich genommen gewährt bereits das objektive Tatbestandsmerkmal des § 171 St. G. B., und mit dem Entstehungsakt wird zugleich das Verbrechen vollendet. Das unmittelbar aus diesem verbrecherischen Akt Resultierende, weder die stattgefundene Auflösung der früheren Ehe, noch die entstandene neue Ehe, hat keinen Moment mit der Ausführung des Verbrechens aus § 171 St. G. B. gemeinsam gehabt. Demnach steht dem gutgläubigen Ehegatten der neuen Ehe — also nicht dem conjux binubus — neben dem Anfechtungsrecht aus § 1350 B. G. B. die Klage aus § 1565 B. G. B. nicht zu, ob ihm aber noch die Anfechtungsklagen wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung zur Seite stehen, ist an anderer Stelle zu erörtern.

---

d) Wirkungen der Anfechtung der neuen Ehe.

§ 21.

aa) Möglichkeit nach § 1350 B. G. B.

Während der grössere Teil der älteren Rechte, die im ersten Teil der Dissertation behandelt sind, der alten Ehe die stärkere Wirkung beilegten, legt das Bürgerliche Gesetzbuch mit seiner Bestimmung im § 1348 Abs. 2 Satz 1 B. G. B., dass nämlich mit Schliessung der neuen Ehe die alte definitiv aufgelöst wird,

1) Ehescheidungsrecht S. 73, Anm. 27; ebenso Staudinger, § 1565 Erl. 4.

2) Planck § 1565 Erl. 1 zum Schluss.

selbst wenn der Verschollene noch lebt, das Hauptgewicht auf die neue Ehe. Eine solche Regelung entspricht ja auch, wie oben ausgeführt, am meisten allen praktischen Anforderungen. Hierbei ist aber zu bedenken, dass sich dennoch für die neuen Ehegatten schwere moralische Konflikte ergeben können, wenn der Verschollene noch lebt. Besonders werden solche Konflikte in religiöser Beziehung bei der von der kirchlichen Auffassung des Fortbestehens der ersten Ehe hervorgerufen, falls der Verschollene die neue Eheschliessung überlebt hat. Der zurückgebliebene Ehegatte war beim Fortleben des für Toterklärten geradezu in eine sittlich quälende und staatlich drohende Zwickmühle geraten. Setzte er nämlich beim Fortleben des für Toterklärten seine staatlich sanktionierte Ehe fort, so machte er sich nach kirchlicher Auffassung — sowohl nach katholischem als auch zufolge der herrschenden richtigen Ansicht nach evangelischem Kirchenrecht — des Ehebruchs oder, falls der für Toterklärte nach der neuen Eheschliessung verstorben war, des Konkubinats schuldig. Trennte er sich aber, von religiösem Empfinden geleitet, wieder von seinem neuen Ehegatten, so gewährte er diesem durch eine solche Handlungsweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Scheidungsklage wegen böslichen Verlassens und schaffte hierdurch, weil er bei erfolgreicher Ehescheidungsklage in den meisten Fällen als der allein schuldige Teil erklärt wurde, für sich und die Kinder aus dieser neuen Ehe erhebliche Rechtsnachteile. Noch greifbarer wurde diese Shwierigkeit, wenn der Verschollene tatsächlich zurückkehrte, da der conjux binubus dann in jedem Fall seinem bösen Schicksal verfiel: entschloss er sich für die alte Ehe, so wurde er nach bürgerlichem Rechte, entschloss er sich für die neue Ehe, so wurde er nach Kirchenrecht wegen Ehebruchs bestraft. Bei einem solchen in die Augen springenden Dilemma auf seiten des conjux binubus musste der Gesetzgeber helfend eingreifen, und er hat sich im Bürgerlichen Gesetzbuch dieser Notwendigkeit auch nicht entzogen, wenngleich der einzuschlagende Weg auch zunächst zweifelhaft war, viele brauchbare und unbrauchbare Vorschläge gemacht wurden.

Bei dem Entwurf für einen brauchbaren Weg aus den oben erläuterten Schwierigkeiten und ebenso in den darauf folgenden Kommissionssitzungen dienten natürlich die früheren particularrechtlichen Bestimmungen als Vorlage; und diese nahmen bisweilen, wie wir im ersten Teil der Dissertation gesehen haben, einen ziemlich kontroversen Standpunkt ein; während z. B. der code civil allein dem noch lebenden Verschollenen entweder persönlich oder durch einen Bevollmächtigten das Recht gab, die neue Ehe anzufechten und somit die alte wieder herzustellen, so hatte nach § 1710 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches der zurückgelassene Ehegatte im Falle der Rückkehr des Verschollenen das Recht, auf Scheidung der neuen Ehe anzutragen. Von diesen

beiden Eventualitäten schien der ersten Kommission keine Lösung befriedigend. Beide Rechte legten nämlich den Schwerpunkt auf den Bestand der alten Ehe, während das Bürgerliche Gesetzbuch den Nachdruck auf die neue Ehe legte, wie schon verschiedentlich hervorgehoben und auch aus der Bestimmung des § 1348 Abs. 2 Satz 1 ersichtlich ist; deshalb konnte man natürlich auf einer solchen Rechtslage, die auf ganz anderer Anschauung beruhte und aus dem Gesichtspunkt der Erhaltung der alten Ehe herauswuchs, im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht aufbauen. Dazu kam noch, dass nach dem code civil ein Dritter, nämlich der fälschlich für Toterklärte, einen Einfluss auf eine bestehende, gesetzlich gebilligte Ehe hatte, ein Rechtsstandpunkt, der bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches schon häufiger verworfen war und deshalb an dieser Stelle nicht wieder hervorgeholt werden konnte.

Der Scheidungsklage des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches erkannte man in der Kommission freilich eine gewisse Berechtigung zu, weil der Grund zur Wiederaufhebung der neuen Ehe bei Schliessung derselben noch nicht vorhanden war, vielmehr erst später beim Wiederauftreten des Verschollenen entstand, aber der Zweck der Wiederherstellung der alten Ehe war ohne weiteres mit erfolgter Scheidung der neuen Ehe nicht erreicht, die alte Ehe musste vielmehr von neuem geschlossen werden [1]), und hieraus folgte das unbefriedigende Resultat, dass dem conjux binubus, falls er die alte Ehe nicht von neuem schloss — und hierzu konnte ihn keine Gesetzesbestimmung zwingen —, der Weg für eine dritte neue Ehe ohne Verletzung irgend einer Gesetzesvorschrift offen stand.

Auch eine Regelung nach dem Hamburgischen Gesetz vom 17. Juli 1879, nach dem bei Rückkehr des Verschollenen die neue Ehe zugunsten der alten Ehe aufgelöst werden sollte, wenn erstere eine unbeerbte, letztere eine beerbte war, wurde in der Commission in Vorschlag gebracht, jedoch mit der auf Seite 36 Anm. 1 begründeten Motivierung abgelehnt.

Ebenso wurde eine dem Hannoverschen Gesetz vom 23. Mai 1848 entsprechende Regelung verworfen, wonach bei falscher Todeserklärung die neue Ehe an sich zwar bestehen bleiben sollte, jedoch bei katholischen Ehen, unter Berücksichtigung, dass bei den neuen Gatten durch gläubige Aufnahme der katholischen Kirchenlehre — die von jeher ex impedimento ligaminis die zweite Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten verwarf, falls der erste Ehegatte zurückkehrte — Gewissensconflicte hervorgerufen wurden, die nicht unbeachtet bleiben durften, insofern eine Ausnahmebestimmung gesetzlich normiert war, dass die neue Ehe, falls der Verschollene bei ihrem Abschlusse noch lebte, auf alle Fälle als Doppelehe nichtig war. Von liberaler Seite wurde dem Centrum eine solche Regelung mit

1) Protokolle II. Lesung S. 5771.

1) Motive IV S. 645.

der Begründung nicht konzediert, dass es nicht angängig wäre, der Verschiedenheit des Religionsbekenntnisses einen derartigen Einfluss auf die staatliche Gesetzgebung einzuräumen.[1])

Eine Regelung im Sinne des A. L. R. schien der ersten Kommission am gangbarsten, da bei Rückkehr des Verschollenen, zwar unter Ausserachtlassung der Gewissensbedenken des conjux binubus, wenigstens eine klare Rechtslage geschaffen war, indem die zweite Ehe unbedingt gültig war. Und so wurde denn der erste Entwurf auch in diesem Sinne verfasst. Man hatte zwar daran gedacht, die bei dem zurückgebliebenen Ehegatten bei der unvermuteten Rückkehr seines früheren Gatten entstehenden inneren Konflikte zu berücksichtigen, hielt aber auch ihm mit Rücksicht auf die stets widerlegbare Todesvermutung entgegen, dass er einen solchen Erfolg in den Kreis seiner Berechnungen hätte ziehen können und müssen. Man lehnte deshalb eine Rücksichtname auf die Seelenkonflikte des conjux binubus bei Rückkehr des Verschollenen ab, gab ihm kein Anfechtungsrecht gegen seine neue Ehe und somit auch nicht die Möglichkeit, die Ehe mit dem fälschlich für Toterklärten fortzusetzen mit der Begründung, dass „die Rücksichten gegenüber den mit einem solchen Anfechtungsrechte verbundenen Unzuträglichkeiten und den daran andererseits für den anderen Teil der neuen Ehe und für die Kinder aus der letzteren sich ergebenden Härten umsoweniger als durchschlagend erachtet werden können, als der Ehegatte des für tot erklärten Ehegatten, wenn er eine neue Ehe schliesst, sich die Möglichkeit der Rückkehr des Verschollenen und die in einem solchen Falle daraus für ihn entstehenden Konflikte vergegenwärtigen konnte und musste.“ [2])

Ein solches Resultat und eine solche Motivierung erschien der zweiten Kommission aber bedenklich. Vom grünen Tisch aus macht sich die Motivierung, dass sich der conjux binubus diese Folgen hätte vorher sagen müssen, sehr schön und erinnert nur zu leicht an die allgemeine Usance, dass nach geschehener Tat oder bei vorliegendem Resultat guter Rat wohlfeil ist; man muss aber bedenken, dass dieser weise Rat, der vom Gesetzgeber am grünen Tisch als Ausfluss vieler Erwägungen konstruiert ist, mit dem geistigen Niveau der in der Praxis von solchen Eventualitäten betroffenen Leute und mit der Situation, in der sie sich endlich zu einer neuen Ehe entschlossen haben, auch nicht annähernd in Einklang zu bringen ist und dass keinesfalls bezüglich der Ueberlegung und Berücksichtigung aller Möglichkeiten bei diesem Schlag von Leuten ein solch strenger Masstab angelegt werden darf. Es soll zugegeben werden, dass der conjux binubus mit dem Wiedererscheinen des Verschollenen auch noch nach erfolgter Todeserklärung zu rechnen hat, falls sich die Beweisführung im Todeserklärungsurteil auf negative Momente, d. h. auf nachrichtenlose

1) Motive IV S. 645.
2) Motive IV S. 644.

Dauer der Abwesenheit, stützt. Wenn der Gesetzgeber aber bei den mehr positiven Beweismomenten der §§ 15-17 B. G. B. für den conjux binubus „die Möglichkeit der Rückkehr des Verschollenen und die in einem solchen Falle daraus für ihn entstehenden Konflikte als vorher sich vergegenwärtigen zu könnende und müssende“ ausschalten will, so ist dem mit Recht entgegen zu halten, dass selbst bei sorgfältigster Prüfung der Sachlage und selbst beim Vorhandensein der überzeugendsten Wahrscheinlichkeit vom Ableben des Verschollenen immer noch Trugschlüsse möglich bleiben und auch in Fällen der Seeverschollenheit bei den leichtlebigen Seeleuten wahrscheinlich sind. Und dann die Situation, in der sich solche Leute in den weitaus meisten Fällen befinden: Arme verlassene Seemannsfrauen oder sonstige Proletariergenossinnen, die wirklich nicht aus Laune oder Frivolität, sondern um des lieben Brotes wegen zu einer neuen Ehe schreiten, wenn das harte Leben und bittre Notdurft und nicht zum wenigsten die Rücksicht auf die Kinder, die ohne ein gestrenges Familienoberhaupt zu verwahrlosen drohen, mit zwingender Notwendigkeit diesen sozialen Schritt gebieterisch erheischt. Wenn nun diese Leute gewissermassen der Not gehorchend, nicht dem eigenen Triebe, zu einer neuen Ehe geschritten sind, und dies nicht zum mindesten im Interesse des Staates liegt, so darf der Gesetzgeber auch nicht ohne Bedenken über die sittlichen Gefühle dieser Leute hinweggehen [1]), die sich einstellen, wenn der fälschlich für Toterklärte plötzlich wieder auftaucht; man muss eben berücksichtigen, dass diese Leute auch ihren Gott haben, auch von schweren Gewissensbedenken bedrückt werden und nicht alle Atheisten und Sozialdemokraten sind.

Deshalb liess sich die zweite Kommission vor allen Dingen von der Rücksicht auf die schweren sittlichen Konflikte leiten, die sich einstellen würden, wenn die Kirche die e r s t e Ehe als gültig behandelt, während der Staat die n e u e Ehe aufrecht erhalten wissen will, und entschloss sich nach vielen Erwägungen zu einer Regelung, nach welcher jeder gutgläubige Gatte der neuen Ehe im Falle des Fortlebens des Verschollenen diese anfechten konnte. Und dieser Entwurf, der sich im Sinne unserer modernen Rechtsordnung in Gemässheit der §§ 1332—1334 B. G. B. vom Standpunkt des Irrtums oder der arglistigen Täuschung als einzig richtige Lösung darstellt und einen erheblichen Fortschritt allen früheren Rechten gegenüber aufweist, wurde im § 1350 B. G. B. zum Gesetz erhoben. [2])

Da man aber nicht alle Menschen unter einen Hut bringen kann, so sind auch bei dieser Regelung Unliebsamkeiten und Härten, insbesondere für den gutgläubigen Gatten der neuen Ehe sowie

1) cf. Dernburgs Festschrift S. 20; anderer Meinung Rocholl S. 81. Die hier vertretene Ansicht, die den Gewissensskrupeln der neuen Ehegatten überhaupt jede Berechtigung abspricht, ist entschieden zu verwerfen.

2) Jeder Ehegatte der neuen Ehe kann, wenn der für tot erklärte Gatte noch lebt, die neue Ehe anfechten, es sei denn, dass er bei der Eheschliessung von dessen Leben Kenntnis hatte. Die Anfechtung kann nur binnen sechs Monaten von dem Zeitraum erfolgen, in welchem der anfechtende Ehegatte erfährt, dass der für tot erklärte Ehegatte noch lebt.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der anfechtungsberechtigte Ehegatte die Ehe bestätigt, nachdem er von dem Leben des für tot erklärten Ehegatten Kenntnis erlangt hat, oder wenn die neue Ehe durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst worden

für die aus dieser Ehe entsprossenen Kinder nicht völlig zu beseitigen gewesen. Man wollte deshalb dem neuen Gatten, der schuldlos und gegen seinen Willen seine gutgläubig eingegangene Ehe vernichtet sah, schützen, indem man in der Kommissionssitzung beantragte, nur dann das Anfechtungsrecht zu gewähren, wenn der nichtanfechtende Teil bei Schliessung der neuen Ehe bezüglich des Lebens des Verschollenen bösgläubig war, das Anfechtungsrecht sollte also ausgeschlossen sein, wenn beide Teile der neuen Ehe bezüglich des Lebens des für Toterklärten gutgläubig waren. Ein solcher Antrag wurde aber mit der Begründung abgelehnt, dass man ihn nicht für geeignet hielt, dem praktischen Bedürfnisse hinreichend Genüge zu leisten. [1]) Es dürfte ja denn auch hier vielleicht schon erwähnt werden, dass der später zu erörternde § 1352 B. G. B. den schuldlos aus der neuen Ehe Gedrängten gut entschädigt und dass die Kinder aus einer solchen Ehe die Vorzüge solcher Kinder geniessen, die einer Putativehe entstammen. Es lässt sich eben im Leben nie vermeiden, dass da, wo widerstreitende Interessen verschiedener Personen sich gegenüberstehen, wie hinsichtlich der familienrechtlichen Verhältnisse im grossen ganzen und hinsichtlich der Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung im besondern, dass kurz gesagt bei jeder gesetzlichen Regelung in die Interessensphäre der einen Partei — möge man nun den fälschlich für Toterklärten nach seiner Rückkehr oder den zurückgebliebenen Ehegatten mit seiner neuen Familie oder den neuen Gatten in erster Linie schützen wollen — mit einer gewissen unliebsamen Härte eingegriffen werden muss. Es war hier eine allgemeine Regel für einzelne Fälle erforderlich, und der Gesetzgeber musste deshalb abwägen, welches Interesse ihm schutzbedürftiger erschien. Unter diesen Umständen ist die Entscheidung des Gesetzgebers als eine treffliche zu bezeichnen, indem er vor allen Dingen dem Gatten, der sich durch den Zwiespalt seiner civilrechtlich gültigen Ehe mit der kirchlichen Auffassung in seinem Gewissen so beschwert fühlt, dass er die neue Ehe wieder aufzuheben wünscht, hierzu durch die Bestimmung des § 1350 B. G. B. die Möglichkeit gewährt hat und ihm somit für seine Befreiung von den Gewissensqualen bei Rückkehr des Verschollenen einen befriedigenden Ausweg gegeben hat.

Bei der Frage, wer berechtigt sein sollte, die neue Ehe anzufechten, käme neben den beiden Gatten der neuen Ehe auch der fälschlich für Toterklärte in Betracht, da er doch sicherlich an der Wiederauflösung der neuen Ehe ein gewisses Interesse hat. Der code civil gewährte ihm auch im Artikel 139 ein solches Anfechtungsrecht, doch das Bürgerliche Gesetzbuch verwarf, wie wir oben gesehen haben, eine solche Stellungnahme, weil es dem Wesen einer Ehe widerspreche, irgend einer dritten Person, als welche der Verschollene bezüglich der neuen Ehegatten anzusprechen ist, auf ihren Bestand irgend welchen Einfluss zu gewähren. Es wäre ja auch sehr bedenklich, einem Menschen, der des jahrelangen Vagabundierens

1) Protokolle S. 5775.

müde ist, physisch und moralisch verkommen ist, ein Mittel an die Hand zu geben, in ein seit Jahren bestehendes glückliches Familienleben, auf dem das Gesamtwohl eines Staates beruht, mit roher Hand zerstörend eingreifen zu können. Vielleicht hat ja der conjux binubus sich gerade aus dem Grunde über seine religiösen Konflikte beim Wiedererscheinen des einst geachteten Verschollenen hinweggesetzt, um nicht an der Seite eines Verkommenen und Entehrten fortleben zu müssen. Denn irgend etwas ist bezüglich des fälschlich für Toterklärten doch sicher „faul im Staate Dänemark" gewesen, da er unter Berücksichtigung der heutigen modernen und schnellen Verkehrseinrichtungen und im Hinblick auf die äusserst weit ausgedehnten Fristen für die Todeserklärung diese in den meisten Fällen selbst verschuldet, wenn nicht absichtlich herbeigeführt und somit auch die neue Eheschliessung verursacht hat. Einen solchen Menschen unter Beeinträchtigung der Interessen der neuen Ehe zu schützen, lag wirklich kein Grund vor. Es soll noch gar nicht einmal betont werden, dass dieser moralisch auf niedrigster Stufe stehende Mensch sein ihm vom Gesetz gegebenes Recht eventuell zu Erpressungsversuchen auszunutzen in die Lage versetzt wäre. Und von diesem Bewusstsein seiner Macht bis zur Ausführung der Tat ist bei einem moralisch Inferioren ein winzig kleiner Schritt.

Erwähnt werden mag allerdings an dieser Stelle, dass der fälschlich für Toterklärte, falls die neue Ehe nicht gültig eingegangen ist, diese nach § 632 Abs. 1 Satz 2 C. P. O. anfechten kann, weil für ihn dann vom Bestehen oder Nichtbestehen der neuen Ehe Rechte und Pflichten abhängen. In einem solchen Falle ist aber auch die neue Ehe, weil sie eben ungültig ist, nicht in der Weise schutzwürdig, wie es in obiger Erörterung vorausgesetzt war.

Wie steht es nun mit dem Anfechtungsrecht der beiden Ehegatten der neuen Ehe? Wir haben gesehen, dass bereits der erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches es abgelehnt hatte, eine dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch entsprechende Regelung zu schaffen, wonach allein dem zurückgebliebenen Ehegatten das Recht zustehen sollte, die neue Ehe anzufechten. Diese Ablehnung erfolgte, wenngleich sich bei dem zurückgebliebenen Ehegatten in erster Linie im Falle der Rückkehr des fälschlich für Toterklärten seelische Konflikte regen könnten. Man glaubte aber dennoch nicht zu enge Grenzen ziehen zu dürfen, da doch zweifelsohne auch bei dem anderen Gatten der neuen Ehe religiöse oder ethische Bedenken vorhanden sein werden und dieser in den weitaus meisten Fällen eben so gut wie der conjux binubus die neue Ehe unter der bestimmten Voraussetzung geschlossen hat, dass der für Toterklärte auch wirklich tot ist. Besonders tritt aber das Bedürfnis nach Befreiung aus der neuen Ehe hervor, wenn der conjux binubus bei der Schliessung der neuen Ehe bösgläubig war und dem anderen Ehegatten zugemutet werden soll, mit diesem Menschen, der ihn belogen oder zum mindestens arglistig getäuscht hat, die Lebensgemeinschaft fortzusetzen. Aus diesen Erwägungen wurde, wie

bereits oben geschildert ist, sowohl der Antrag abgelehnt, nur einem Gatten, und zwar dem doppeltverheirateten das Anfechtungsrecht zu geben, als auch der Antrag, dem einen Teil nur dann das Anfechtungsrecht zu geben, wenn der andere Teil bösgläubig war. Und so bestimmte denn das Bürgerliche Gesetzbuch im § 1350, dass jedem Ehegatten der neuen Ehe, falls er bei der Eheschliessung hinsichtlich des Lebens des Verschollenen gutgläubig war, bei Rückkehr des fälschlich für tot Erklärten das Recht gegeben werden sollte, die neue Ehe anzufechten.

Da es nun aber bei Rückkehr des Verschollenen ungewiss ist, wer von den beiden Gatten der neuen Ehe von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen will, oder ob überhaupt jemand von diesem Recht Gebrauch machen will, so tritt bezüglich des rechtlichen Bestandes der neuen Ehe ein gewisser Schwebezustand ein, der hinsichtlich aller Rechtsverhältnisse, die von der Gültigkeit einer Ehe abhängig sind, grosse Unsicherheit erzeugen kann. Deshalb muss einem solchen Zustand möglichst bald durch Geltendmachung oder Fortfall des Anfechtungsrechtes ein Ende gesetzt werden. Und so bestimmt das Gesetz, dass die Erhebung der Anfechtungsklage nur binnen 6 Monaten von dem Zeitpunkt an erfolgen darf, in welchem der anfechtende Ehegatte erfährt, dass der für tot erklärte Ehegatte noch am Leben ist. Der Eintritt dieses Zeitpunktes wird in den konkreten Fällen wohl in das Ermessen des Richters zu stellen sein, da die Frist von dem Zeitpunkt ab läuft, in dem der Anfechtungsberechtigte vom Leben des Verschollenen positive Kenntnis erhält, d. h. von dem Zeitpunkt, zu welchem er eine Nachricht erhält, von deren Wahrheit er völlig überzeugt ist, es genügt hier nämlich kein blosser Glaube oder Vermutung, sondern es muss positives Wissen [1]) vorhanden sein, und wann dieses bei dem Anfechtungsberechtigten eingetreten ist, unterliegt nach § 286 C. P. O. der freien richterlichen Beweiswürdigung. Diese Frist ist aber auch lang genug, um dem anfechtungsberechtigten Ehegatten hinreichend Zeit zur Ueberlegung des Für und Wider zu geben, dürfte sogar andererseits garnicht weiter ausgedehnt werden, um dritten Personen, für die von der Nichtigkeit oder Gültigkeit der neuen Ehe gewisse Rechte und Pflichten abhängen, in ihren Verfügungsrechten nicht übermässig lange zurückzuhalten.

Schliesslich wäre noch zu erörtern, unter welchen Voraussetzungen dem Anfechtungsberechtigten die Klage im einzelnen zu geben ist. Hierüber bestimmt § 1350 B. G. B. zunächst, dass der Anfechtungsberechtigte nur dann anfechten kann, wenn der für tot erklärte Ehegatte noch lebt. Es genügt also nicht nur, dass der für Toterklärte die neue Eheschliessung überlebt hat, sondern er muss zur Zeit der Anfechtungsklage, d. h. nach § 253 C. P. O. zu dem Zeitpunkt, in dem die Klage dem andern Gatten der neuen Ehe zugestellt wird, noch am Leben sein. Dies ergibt sich ja auch schon aus dem Zwecke der Bestimmung des § 1350 B. G. B., da

1) Planck 1350 Anm. 2 a.

beim Tode des Verschollenen die Gewissensbedenken beseitigt sind. Dabei ist aber auch nur das Leben des fälschlich für Toterklärten Erfordernis, nicht auch die Rückkehr, ja nicht einmal die Möglichkeit für den conjux binubus, sich zu dem lebenden Verschollenen zu begeben und tatsächlich die Ehe wieder mit ihm aufzunehmen.

Stirbt aber der fälschlich für Toterklärte erst nach Erhebung der Anfechtungsklage und selbst noch vor Erledigung des Anfechtungsprozesses, so ist dennoch die Ehe für nichtig zu erklären, wenn sie auch inzwischen durch Tod gelöst und der Zweck des §1350 B.G.B. nicht mehr realisierbar ist.[1]) Der Grund hierfür liegt in den prozessualen Bestimmungen, da der Verschollene nämlich keine Partei ist, kann er auch den Lauf des Prozesses nicht unmittelbar beeinflussen, seine Existenz spielt hier nur eine materiellrechtliche und mittelbare Rolle.

Das Anfechtungsrecht steht aber dem Ehegatten der neuen Ehe nicht zu, der bei der Eheschliessung wusste, dass der für Toterklärte damals noch lebte. Und dies mit vollem Recht, denn die Veranlassung, die zur Gewährung des Anfechtungsrechtes aus § 1350 B. G. B. führte, war doch die, dem Ehegatten, der bei der unerwarteten Rückkehr des fälschlich für Toterklärten in religiöse und sittliche Konflikte geraten war, die Möglichkeit zu geben, sich aus diesem seelischen Dilemma zu befreien. Ihm aber aus einem angeblichen seelischen Konflikt zu helfen, in den er sich mit vollem Bewusstsein selbst begeben hatte, ist widersinnig. Deshalb musste der Gesetzgeber diese Wohltat dem Ehegatten versagen, der bei der neuen Eheschliessung vom Leben des Verschollenen wusste; denn wenn sich damals schon sein Gewissen nicht regte, wird es sich jetzt nach längerer Zeit naturgemäss noch weniger bemerkbar machen. Besonders musste eine solche Regelung aber deshalb Platz greifen, weil durch das unter dieser Berücksichtigung in frivoler Weise ausgenutzte Anfechtungsrecht dem anderen Teile unvermeidliche Härten erwachsen, wovon wir weiter oben gehört haben. Ebenso wie im § 1348 B. G. B. genügt aber hier auch nicht die Vermutung, dass der Verschollene die neue Eheschliessung überlebt hat, ja es genügt auch nicht, dass der Anfechtungsberechtigte hätte wissen müssen, dass der Verschollene noch zur Zeit der neuen Eheschliessung lebte, d. h. dass er diese Kenntnis infolge einfacher Fahrlässigkeit nicht hatte, nein nur positives Wissen dieser Tatsache schliesst das Anfechtungsrecht nach § 1350 B. G. B. aus.

Es ist hier aber ein merklicher Unterschied hinsichtlich des Zeitpunktes des Nochlebens des Verschollenen von der Bestimmung des § 1348 B. G. B. getroffen. Während im § 1348 B. G. B. Kenntnis vom Ueberleben der Todeserklärung gefordert wird, wird im § 1350 B. G. B. Kenntnis vom Ueberleben der neuen Eheschliessung gefordert. Es ist hierin entschieden eine Vergünstigung für den Anfechtungsberechtigten zu erblicken. Es ist dies m. E. auch ein weiterer Beweis dafür, dass der Gesetzgeber demjenigen, der nur

1) Anderer Meinung Erler Seite 74—75.

fahrlässig hinsichtlich der Kenntnis ist, dass der für Toterklärte die neue Eheschliessung überlebt hat, ausdrücklich das Anfechtungsrecht gewähren will, da er den später bei Rückkehr des Verschollenen entstehenden Gewissenskonflikt für so schwer hält, dass er nur denjenigen, der positiv weiss, dass der Verschollene die neue Eheschliessung überlebt hat, von der Rechtswohltat des § 1350 B. G. B. ausschliessen will. Es ist ja schliesslich sehr leicht denkbar, dass ein Ehegatte der neuen Ehe zur Zeit der Todeserklärung positiv wissen konnte, dass der für Toterklärte diese überlebt hat, späterhin aber durch allerlei Umstände oder auch durch Gerüchte, wenn auch unkontrollierbare, von dem — zwischen Todeserklärung und neuer Eheschliessung liegenden — Ableben des Verschollenen gehört hat und daran glaubt und mit dieser Ueberzeugung zur neuen Ehe schreitet. Eine solche Erwägung, die sich rechtfertigen lässt, mag vielleicht auch den Gesetzgeber geleitet haben. Wollte er nämlich bei einer solchen leicht zu überblickenden Sachlage die Vergünstigung des § 1350 B. G. B. ausschliessen, so würde er hierdurch gerade bei einer ganzen Anzahl von Personen die seelischen Konflikte unbeachtet lassen, deren Berücksichtigung er gerade durch Gewährung der Anfechtung der neuen und Wiederherstellung der alten Ehe bezwecken wollte.

Schliesslich ist noch die Anfechtungsklage selbst, die Voraussetzung ist für die eigenartige Massregel der im § 1350 B. G. B. gegebenen Norm des Schutzes des Gewissens, einer Betrachtung zu unterziehen. Eine solche als Schutzmassregel gedachte Anfechtungsklage ist im Bürgerlichen Gesetzbuch singulär, deshalb müssen auch für sie besondere Ausnahmen gegeben sein, wie sie durch die Bestimmungen der §§ 1350 und 1351 B. G. B.[1] [2]) normiert sind. Im übrigen geht aber aus § 1330 B. G. B. hervor, dass das Anfechtungsrecht des § 1350 B. G. B mit den Anfechtungsrechten aus den §§ 1331 bis 1335 gleichzustellen ist. Daraus ergibt sich, dass für den gutgläubigen Gatten der neuen Ehe — aber nur für diesen — die allgemeinen Regeln über die Anfechtbarkeit der Ehe Voraussetzung seines Anfechtungsrechtes aus § 1350 B. G. B. sind, sofern sie nicht durch die speziellen Bestimmungen der §§ 1350 und 1351 B. G. B. ersetzt oder ergänzt werden.

§ 22.

bb) Fortfall des Anfechtungsrechtes aus § 1350 B. G. B.

Unter den Ausschliessungsgründen, die für die singulär dastehende Natur des Anfechtungsrechtes aus § 1350 B. G. B. als

1) § 1350: Jeder Ehegatte der neuen Ehe kann, wenn der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, die neue Ehe anfechten, es sei denn, dass er bei der Eheschliessung von dessen Leben Kenntnis hatte. Die Anfechtung kann nur binnen sechs Monaten von dem Zeitpunkt an erfolgen, in welchem der anfechtende Ehegatte erfährt, dass der für tot erklärte Ehegatte noch lebt.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der anfechtungsberechtigte Ehegatte die Ehe bestätigt, nachdem er von dem Leben des für tot erklärten Ehegatten Kenntnis erlangt hat, oder wenn die neue Ehe durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst worden ist.

§ 1351: Wird die Ehe nach § 1350 von dem Ehegatten der früheren Ehe angefochten, so hat dieser dem anderen Ehegatten nach den für die Scheidung geltenden Vorschriften der §§ 1578—1582 Unterhalt zu gewähren, wenn nicht der andere Ehegatte bei der Eheschliessung wusste, dass der für tot erklärte Ehegatte die Todeserklärung überlebt hat.

2) § 1350 B. G. B. stellt eine Ausnahme vom § 1338 B. G. B. dar.

Massregel zum Schutze des Gewissens eines gutgläubigen Ehegatten der neuen Ehe gegeben sind, ist zunächst der Ablauf der sechsmonatigen Frist für die Erhebung der Anfechtungsklage zu nennen. Dass eine Frist zur Beseitigung eines rechtsunsicheren Schwebezustandes gesetzt werden musste, ist bereits oben erwähnt; dafür aber, dass der Grund für die Einführung der Klage aus § 1350 B. G. B. ein eigenartiger und singulär im Bürgerlichen Gesetzbuch auftretender ist, sie auch als Anfechtungsklage, die doch das prozessuale Mittel zur Abhülfe der Bedenken ist, durch die die Bestimmung des § 1350 B. G. B. normiert ist, anders wie jede andere Anfechtungsklage im Bürgerlichen Gesetzbuch zu behandeln, lag kein Grund vor, zumal da sie genau so gestaltet ist wie jede andere Anfechtungsklage. Die Frist wird durch die Kenntnis des Anfechtungsberechtigten vom Tode des Verschollenen in Lauf gesetzt. Wie schon häufiger erwähnt, ist auch für diesen Fall positives Wissen des Anfechtungsberechtigten von dem Leben des Verschollenen erforderlich, für Vermutungen und Vertrauen auf unkontrollierbare Gerüchte ist auch hier kein Raum.[1])

Wir haben auch gesehen, dass aus einer ganz selbstverständlichen Berücksichtigung des Zweckes der Bestimmung des § 1350 B. G. B. dem Bösgläubigen dieses Anfechtungsrecht aus § 1350 B. G. B. nicht zustehen kann, weil ihm doch kein Mittel zur Lösung seiner seelischen und ethischen Konflikte an die Hand gegeben werden kann, in die er sich mit vollem Bewusstsein begeben hat. Aus derselben Erwägung muss aber das Anfechtungsrecht für den gutgläubigen Ehegatten der neuen Ehe in Fortfall kommen, der nach Kenntnis vom Fortleben des Verschollenen die neue Ehe bestätigt; denn durch diese Bestätigung gibt er zu erkennen, dass sein Gewissenskonflikt nicht stark genug ist, ihn zur Anfechtung der neuen Ehe zu veranlassen. Während der bösgläubige Ehegatte der neuen Ehe ein Anfechtungsrecht nie gehabt hat, verliert es der gutgläubige Gatte durch Bestätigung der neuen Ehe nach positiver Kenntnis vom Tode des Verschollenen und gibt damit seinem Verzicht auf das ihm zustehende Recht Ausdruck.[2]) Bezüglich der Kenntnis vom Tode des fälschlich für Toterklärten ist auch hier wiederum zu bemerken — wie schon soeben angedeutet ist —, dass nur positives Wissen vom Tode genügt, eine eventuelle frühere Bestätigung kann daher später in dubio widerrufen werden. Aber es genügt hier nicht einmal das positive Wissen des Fortlebens des Verschollenen, d. i. der tatsächliche Grund, nein auch der rechtliche Grund muss dem Anfechtungsberechtigten bekannt sein, um wirksam verzichten zu können. Er muss also wissen, dass das Fortleben des Verschollenen ihm das Recht gibt, die neue Ehe anfechten zu können. Dahingegen ist für die Abgabe der Willenserklärung, durch die der Anfechtungsberechtigte die neue Ehe bestätigt, eine besondere gesetzliche Form nicht vorgeschrieben, sie kann nach

1) Planck § 1350 Anm. 2 a; Opet-Blume S. 87; Schmidt-Habicht S. 139.

2) Fischer-Henle § 1350 unter Bezugnahme auf § 1338 Anm. 4; Planck § 1350 Anm. 2 b und § 1337 Anm. 1.

§ 144 Abs. 2 B. G. B. formlos, selbst durch concludente Handlungen erfolgen, wie Planck[1]) sagt: „in jeder Handlung, durch die der Anfechtungsberechtigte zum Ausdruck bringt, dass er die Ehe trotz ihrer Anfechtbarkeit als gültig behandeln will", also durch einfaches Fortsetzen des ehelichen Lebens und Erfüllung der ehelichen Pflichten, andererseits aber selbstredend auch durch ausdrückliche Erklärung. Weil keine gesetzliche Vorschrift für die Bestätigung der neuen Ehe besteht, kann sie auch noch nach Erhebung der Anfechtungsklage bis zum Erlass des Urteils erfolgen mit der Wirkung, dass die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen ist. Zu beachten ist dabei aber, dass trotzdem das Anfechtungsrecht des anderen Ehegatten der neuen Ehe, falls er gutgläubig ist, durch Verzicht des einen anfechtungsberechtigten Teiles nicht in Fortfall kommt, falls nur die Präclusivfrist von 6 Monaten — utiliter a tempore scientiae gerechnet — gewahrt bleibt.

Weiterhin entfällt das Anfechtungsrecht aus § 1350 B. G. B., wenn die neue Ehe durch den Tod irgend eines Ehegatten aufgelöst ist, und zwar ist es hierbei gleichgültig, ob der Verstorbene oder der andere Ehegatte anfechtungsberechtigt war. Hierin erblicken wir eine Ausnahme von der Sonderbestimmung des § 1338 B. G. B., nach welcher von der Regel des Fortfalles des Anfechtungsrechts beim Tode eines Gatten nur dann abgewichen wird, wenn die Auflösung der Ehe durch den Tod des nicht anfechtungsberechtigten Gatten verursacht wird. Der Grund für eine solche Abweichung ist aber leicht aus der wiederholt angeführten Zweckbestimmung des § 1350 B. G. B. ersichtlich, den Ehegatten zur Beseitigung ihrer seelischen und ethischen Konflikte ein Mittel an die Hand zu geben, sich von dieser Ehegemeinschaft, in der sie Seelenqualen erleiden, befreien zu können. Diese Gewissensbedenken kommen aber natürlich ohne Geltendmachung der Anfechtung in Fortfall, wenn der Anfechtungsberechtigte von dieser Ehe durch Tod des anderen Teiles und die so eo ipso erfolgte Auflösung der Ehe befreit ist, wobei es gleichgültig ist, ob der Verstorbene auch anfechtungsberechtigt war oder nicht.[2]) Wenn nun in einem solchen Falle nicht der conjux binubus, sondern der andere Gatte der neuen Ehe verstorben ist, so muss der conjux binubus falls er nunmehr die Ehe mit dem fälschlich für Toterklärten fortsetzen will, diese neu schliessen,[3]) da die anfechtbare Ehe nicht durch die Anfechtungsklage aufgelöst wurde und somit von Anfang an nichtig war, sondern durch Tod aufgelöst ist und somit bis zu dieser Auflösung durch den Tod bestanden hat.

Andererseits muss der conjux binubus, falls nicht er — bei ihm also keine Gewissenkonflikte bestanden, wie er durch Nichtausübung seines eventuellen Anfechtungsrechtes kund getan hat —, sondern der andere Teil die neue Ehe angefochten hat, seine Ehe

1) § 1337 Anm. 1.
2) Protokolle S. 6849. Anderer Meinung Opet-Blume S. 87 f. 6 b; Staudinger S. 107 f. 2 d.
3) Anderer Meinung Schröder S. 49.

mit dem Verschollenen fortsetzen, und zwar deshalb, weil die mit Erfolg angefochtene Ehe von Anfang an nichtig war, also nach § 1348 B. G. B. unter Berücksichtigung der von uns vertretenen Ansicht, dass nur eine gültige neue Ehe die alte zur Auflösung bringt, die frühere Ehe nicht aufgelöst ist.

Schliesslich kommt das Anfechtungsrecht aus § 1350 B. G. B. auch dann in Fortfall, wenn die neue Ehe durch Scheidungsurteil gelöst ist[1]). Diese Konsequenz hat ihre Berechtigung analog der soeben geschilderten Rechtslage bei Fortfall des Anfechtungsrechtes durch Auflösung der neuen Ehe wegen des Todes irgend eines Ehegatten der neuen Ehe. Ebenso wie aus der Behandlung des eben geschilderten Rechtsfalles hervorgeht, dass der Gesetzgeber für die Anwendung des § 1350 B. G. B. den zweiten Teil des § 1338 B. G. B. auszuschliessen beabsichtigte, ist es auch bei Auflösung der neuen Ehe durch Scheidungsurteil anzunehmen. Eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 1350 B. G. B., dass die Anfechtung der neuen Ehe ebenso gut in Fortfall kommt, wenn die neue Ehe durch Scheidung wie wenn sie durch Tod gelöst wird, ist deshalb berechtigt, weil ebenso gut wie bei Auflösung der neuen Ehe durch den Tod auch bei einer Eheauflösung durch Scheidungsurteil der Zwang zur Fortsetzung der neuen Ehe fortfällt.

Dagegen erlischt das Anfechtungsrecht nicht, wenn der Toterklärte zu einer neuen Ehe geschritten ist[2]), wenn auch der Zweck des § 1350 in diesem Falle zunächst nur einseitig realisierbar erscheint, indem wenigstens der gläubige, streng religiöse conjux binubus sich nach kirchlicher Anschauung nicht mehr des Ehebruchs schuldig macht. Aber nach der von uns vertretenen Ansicht ist die neue Ehe des für Toterklärten nach erfolgreicher Anfechtung der neuen Ehe des conjux binubus nichtig, und zwar sowohl nach den allgemeinen Anfechtungsklagen als auch nach der Anfechtungsklage im Sinne des § 1350 B. G. B., weil nach erfolgreicher Anfechtung der neuen Ehe die frühere Ehe nicht zur Auflösung gelangt ist, die jetzige Ehe des Verschollenen also wegen Bigamie eo ipso nichtig ist. Deshalb hat der neu verheiratete Verschollene nach erfolgreicher Anfechtung der neuen Ehe seitens des conjux binubus seine frühere Ehe mit dem conjux binubus fortzusetzen, und so kommt die Zweckbestimmung des 1350 B. G. B. auf diesem etwas umschweifigen Wege zu ihrem vollen Recht.

Das Anfechtungsrecht erlischt aber auch nicht, wenn der fälschlich für Toterklärte nach Erhebung der Anfechtungsklage und noch vor Erledigung des Anfechtungsprozesses stirbt, da seine Person in diesem Prozesse nur eine mittelbare Rolle spielt, er weder Partei noch diese seine Rechtsnachfolgerin ist, somit aus prozessualen Gründen der schwebende Prozess nicht beendigt oder unterbrochen werden kann, es müsste sonst dies ja auch dann ge-

1) Planck S. 76 Anm. 2 a; Schmidt-Habicht S. 139. 2 f., d; anderer Meinung Opet-Blume S. 87 f. 6 b; Staudinger S. 107 f. 2 d.

2) Derselben Ansicht Planck S. 76

schehen, wenn der Verschollene plötzlich durch eventuelle Geisteskrankheit geschäftsunfähig würde.

Aus denselben Erwägungen, nach denen das Anfechtungsrecht bei Auflösung der neuen Ehe durch Tod eines Ehegatten und durch Scheidung in Fortfall kommt, entfällt es auch dann, wenn ein Ehegatte der neuen Ehe für tot erklärt wird, dieser dann in Gemässheit des § 18 B. G. B. in dem im Todeserklärungsurteil festgesetzten Zeitpunkt als gestorben und die Ehe mit diesem Zeitpunkt als aufgelöst gilt. Ferner kommt das Anfechtungsrecht auch in Fortfall, wenn trotz Lebens eines anfechtungsberechtigten Verschollenen aus der neuen Ehe diese Ehe bei unrichtiger Todeserklärung des anfechtungsberechtigten Verschollenen durch eine neue gültige Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten nach § 1338 B. G. B. zur Auflösung gelangt ist.

Bezüglich der Beweislast darf für alle obigen Fälle noch bemerkt werden, dass der Anfechtungsberechtigte nur den Beweis zu erbringen hat, dass der für Toterklärte noch im Zeitpunkte der Klagzustellung gelebt hat, wer aber das Anfechtungsrecht mit der Begründung bestreitet, dass dieses Recht aus irgend einem der im § 1350 B. G. B. normierten Bestimmungen fortgefallen ist, hat für diese behaupteten Tatsachen im einzelnen den Beweis zu erbringen.

§ 23.

cc) Wirkung der erfolgreichen Anfechtung der neuen Ehe.

Ist die neue Ehe mit Erfolg angefochten, so ist sie nach § 1348 B. G. B. auf Grund der allgemeinen Bestimmungen über die Anfechtung einer Ehe als von Anfang an nichtig anzusehen. Sie ist also, wie schon häufiger auseinander gesetzt ist, garnicht imstande gewesen, die frühere Ehe im Sinne des § 1348 B. G. B. zur Auflösung zu bringen. Da infolgedessen die alte Ehe immer fortbestanden hat, ist eine neue Eheschliessung zwischen dem conjux binubus und dem fälschlich für Toterklärten nicht erforderlich.

Die erfolgreiche Anfechtung der neuen Ehe kann insbesondere nicht ohne Wirkung auf die vermögensrechtlichen Beziehungen dieser Ehegatten zueinander bleiben. Es finden zunächst die §§ 1345 und 1347 B. G. B., die bei einer Anfechtung aus den allgemeinen Gründen Gültigkeit haben, entsprechende Anwendung. Ist daher ein Ehegatte bei der Eheschliessung bösgläubig gewesen, d. h. wusste er zu dieser Zeit, dass der für Toterklärte die Todeserklärung (§ 1348 B. G. B.!) überlebt hat, so kann der gutgläubige Teil nach § 1345 B. G. B. dem bösgläubigen Teil gegenüber verlangen, dass ihr Verhältnis in vermögensrechtlicher Beziehung, insbesondere in Ansehung der Unterhaltspflicht, nach Scheidungsgrundsätzen behandelt wird, d. h. dass eine Rechtsregelung in der Weise eintrete, wie wenn die Ehe mit Rechtskraft des Nichtigkeitserklärungsurteiles geschieden und

der Ehegatte, der bezüglich des Lebens des Verschollenen bösgläubig war, als der allein schuldige Teil erklärt wird. Hierbei ist aber eine Besonderheit, die bei der von uns vertretenen Ansicht der Nichtauflösung der früheren Ehe durch die erfolgreich angefochtene neue Ehe zu beachten ist, hervorzuheben, dass nämlich der conjux binubus die Ehe mit dem fälschlich für Toterklärten fortzusetzen hat und infolgedessen zugunsten dieses Doppelverheirateten die Unterhaltspflicht des zurückgekehrten früheren Ehegatten eintritt. Natürlich tritt dieser allgemeine Fall analog § 1581 B. G. B. in Verbindung mit § 1345 B. G. B. zugunsten des anderen bösgläubigen Teiles der mit Erfolg angefochtenen Ehe nur dann ein, wenn der conjux binubus gutgläubig und somit er der Unterhaltsberechtigte war, war er hingegen bösgläubig und unterhaltspflichtig, so besteht seine Verpflichtung gegen den anderen Teil weiter fort, und diese wäre bei dem gesetzlichen Güterstande der Verwaltungsgemeinschaft in der fortgesetzten Ehe aus dem eingebrachten Gute zu berichtigen. Einer solchen Auffassung über die allgemeine gegenseitige Unterhaltspflicht der beiden Ehegatten aus der mit Erfolg angefochtenen neuen Ehe sind auch die meisten Schriftsteller [1]) beigetreten, Planck begründet diese Ansicht folgendermassen: „Das dürfte daraus zu entnehmen sein, dass der Unterhaltsanspruch des Berechtigten nach § 1581 erlischt, wenn er wieder heiratet. Der Wiederverheiratung aber gleichzustellen wird der hier fragliche Fall, in welchem die frühere Ehe als noch fortbestehend gilt." [2])

Eine solche Regelung kann aber nicht immer eintreten, da das Anfechtungsrecht des § 1350 B. G. B. durch seine als Massregel zum Schutze des Gewissens gegebene Norm ein eigenartiges und besonderes ist, indem beispielsweise nicht immer ein gut- und ein bösgläubiger Teil die Voraussetzung der Klage bildet, im Gegenteil sind hier in den weitaus meisten Fällen beide Teile gutgläubig. Ficht z. B. der gutgläubige conjux binubus nach § 1350 B. G. B. die neue Ehe an und ist der andere Teil dieser Ehe auch gutgläubig, so würde diesem nach erfolgreicher Anfechtung ein Unterhaltsanspruch nach der Bestimmung des § 1345 B. G. B nicht zustehen. Dies würde aber für den neuen, nicht doppelt verheirateten Ehegatten eine völlig ungerechtfertigte Härte bedeuten, da er völlig unverdient aus dieser, seinem Fortkommen dienenden Ehe gestossen ist, welche doch allein mit Rücksicht auf den Doppeltverheirateten der Anfechtung ausgesetzt war, damit dieser zu seinem früheren Ehegatten zurückkehren konnte. Solche Bedenken hat der Gesetzgeber denn auch berücksichtigt, da es „unbillig ist, die Sache so zu behandeln, als wenn eine Ehe unter den Ehegatten nicht bestanden habe, da beide Ehegatten bei der Eheschliessung sich darauf verlassen hatten, dass ihre Ehe rechtlichen Bestand habe und nur durch den Tod gelöst werde. Als Nachwirkung der Ehe und zur Entschädigung für die verlorene Zeit und Arbeitskraft und den Verlust

1) Fischer-Henle § 1351 Anm. 2; Staudinger S. 108; Schmidt-Habicht S. 140; Lehmann S. 224. Planck S. 78 Anm. 1 zu § 1351.

der erbrechtlichen Aussichten muss daher ein Unterhaltanspruch gewährt werden.“ [1]) Und so bestimmt denn § 1351 B. G. B., dass für den Fall, dass die neue Ehe von dem doppeltverheirateten Ehegatten angefochten wird, dieser dem anderen gutgläubigen Teil der neuen Ehe nach den für die Scheidung geltenden Vorschriften der §§ 1578 bis 1582 B. G B. Unterhalt zu gewähren hat. Hierdurch wird § 1345 insoweit ersetzt, als die dort zur Begründung des Tatbestandes geforderte Bösgläubigkeit des anderen Teiles der Ehe hier in Fortfall kommt. Ist demnach der Unterhaltsberechtigte eine Frau, wenn nämlich der Doppeltverheiratete der neuen Ehe ein Mann ist und dieser mit Erfolg die neue Ehe nach § 1350 B. G. B. angefochten hat und die Frau nicht bei der Eheschliessung wusste, dass der für toterklärte Ehegatte die Todeserklärung überlebt hat — in der Praxis wohl der seltenere Fall, da gewöhnlich die Männer verschwinden —, so hat ihr der Mann nach § 1578 B. G. B. den standesgemässen Unterhalt insoweit zu gewähren, als sie ihn nicht aus den Einkünften ihres Vermögens und, sofern nach den Verhältnissen, in dem die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist, nicht aus dem Ertrag ihrer Arbeit bestreiten kann. Die Frau hingegen — in der Praxis der häufigere Fall — hat dem Mann den standesgemässen Unterhalt insoweit zu gewähren, als er ausserstande ist, sich selbst zu unterhalten. Nach § 1580 B. G. B. ist der Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren. Im letzteren Falle erlischt der Unterhaltsanspruch aus § 1351 B. G. B. wieder, wenn der berechtigte Ehegatte sich seinerseits wieder verheiratet (§ 1581 Abs. 1 B. G. B.).

Besonders zu bemerken ist noch bei der unterschiedlichen Fassung des § 1351 B. G. B. von § 1350 B. G. B., dass für das Anfechtungsrecht aus § 1350 B. G. B. und den Unterhaltsanspruch aus § 1351 B. G. B. ein verschiedener Grad von Gutgläubigkeit gefordert wird. Während das Anfechtungsrecht erst erlischt, wenn der Anfechtende bei der neuen Eheschliessung gewusst hat, dass der für Toterklärte in diesem Zeitpunkt noch gelebt hat, erlischt der Unterhaltsanspruch des Berechtigten schon, wenn er bei der Eheschliessung gewusst hat, dass der für Toterklärte die Todeserklärung überlebt hat. Demnach geht das Gesetz im Schutze des Gewissens weiter als im Schutze der wirtschaftlichen Interessen.

Sind beide Ehegatten der neuen Ehe gutgläubig, so finden für den Fall, dass nicht, wie § 1351 B. G. B. besagt, der conjux binubus, sondern der andere Teil der neuen Ehe anficht, in Ermangelung besonderer Bestimmung die allgemeinen Regeln über die Wirkungen der Nichtigkeit einer Ehe Anwendung. Da nun aber die Anfechtungsklage aus § 1350 B. G. B. eine Schutzmassregel bezweckt und wegen mangelnden Verschuldens auf beiden Seiten unter die allgemeinen Regeln über die Wirkung der Nichtigkeit nicht unterzubringen ist, so „wird für die Ehegatten im Verhältnis untereinander der nichtigen

1) Protokolle IV S. 585.

Ehe grundsätzlich jede Wirkung versagt".[1]) Für diesen Fall kann natürlich auch nicht bei der streng positiven Fassung des § 1351 dem gutgläubigen conjux binubus, falls der andere Teil anficht, ein Unterhaltsanspruch unter analoger Anwendung des § 1351 B. G. B. zugebilligt werden. Nach der von Dernburg vertretenen Ansicht — der ja doch die frühere Ehe auch durch eine anfechtbare und nichtige, kurz durch jede in das Heiratsregister eingetragene neue Ehe aufgelöst wissen will — wäre dieses eine völlig ungerechtfertigte Benachteiligung des gutgläubigen conjux binubus, aber die Denkschrift[2]) motiviert in Uebereinstimmung mit den Protokollen[3]) diese anderweitige Behandlung des zurückgebliebenen gutgläubigen Ehegatten damit, dass „infolge der Anfechtung die frühere Ehe und mit ihr der Anspruch auf Unterhalt gegen den für tot erklärten Ehegatten wieder auflebt". Dies ist übrigens ein weiterer Beweis dafür, dass Dernburgs Ansicht falsch ist und dass nach der von uns in dieser Dissertation vertretenen Ansicht nur eine vollgültige Ehe die frühere zur Auflösung zu bringen vermag.

Bezüglich der Rechtsverhältnisse der dieser neuen Ehe entsprossenen Kinder sind die §§ 1699 bis 1702 B. G. B. ausschlaggebend. Nicht in Frage kommen kann für unseren Fall die Bestimmung des § 1703 B. G. B., die von dem Unterhaltungsanspruch eines — wegen Bösgläubigkeit beider Elternteile bei der Eheschliessung — unehelichen Kindes gegen seinen Vater handelt, weil bei Bösgläubigkeit beider Elternteile ein Anfechtungsrecht aus § 1350 B. G. B. überhaupt nicht gegeben ist. § 1704 B. G. B. behandelt einen speziellen Fall einer wegen Drohung angefochtenen und nichtigen Ehe und steht deshalb ausserhalb des Rahmens unserer Betrachtung. Demnach gelten alle Kinder aus einer nach § 1350 B. G. B. mit Erfolg angefochtenen Ehe als ehelich, weil stets höchstens ein Gatte bezüglich der Nichtigkeit der neuen Ehe bei Schliessung derselben bösgläubig gewesen sein kann, falls das Anfechtungsrecht aus § 1350 B. G. B. überhaupt wirksam werden soll. Bezüglich der in den §§ 1699 bis 1702 B. G. B. geforderten Kenntnis ist noch zu bemerken, dass hier nur die Kenntnis vom Leben des für Toterklärten zur Zeit der Eheschliessung von Wirksamkeit sein kann; die Kenntnis allein, dass der Verschollene damals die Todeserklärung überlebt habe, genügt nicht, sie könnte aber dennoch ein Beweismoment abgeben bei der Beurteilung, ob der in Frage Kommende auf Grund des früheren Wissens nicht auch Kenntnis vom Leben des Verschollenen zur Zeit der neuen Eheschliessung gehabt habe. Neben der tatsächlichen Kenntnis ist auch, wie früher bereits erwähnt, Kenntnis der Rechtsfolge, nämlich der Anfechtbarkeit der neuen Ehe, unbedingtes Erfordernis. Es ist dies von einschneidender Wichtigkeit bei der Frage, w a n n ein Elternteil als bösgläubig anzusehen ist und w a n n die sich hierauf

1) Endemann S. 648 § 160, 3 b.
2) S. 181.
3) IV S. 585.

gründenden Folgen einzutreten haben. Ist nämlich der Vater bösgläubig, so verliert er hierdurch die sich aus seiner Vaterschaft ergebenden Rechte, wie z. B. das Erbrecht und die elterliche Gewalt, während das Erbrecht und der Unterhaltungsanspruch des Kindes gegenüber dem Vater bestehen bleibt. Die elterliche Gewalt geht in diesem Falle auf die Mutter über. War die Mutter bösgläubig, d. h. hatte sie zur Zeit der Eheschliessung Kenntnis vom Leben des Verschollenen und wusste sie, dass diese Kenntnis ein Grund für die Anfechtbarkeit der neuen Ehe bildete, so hat sie in Ansehung der dieser Ehe entsprossenen Kinder nur diejenigen Rechte, die im Falle der Scheidung der allein für schuldig erklärten Frau zustehen, das ist nur das Recht des persönlichen Verkehrs mit den Kindern. Aber ebensowenig wie der Vater verliert auch sie den Kindern gegenüber das Erbrecht und den gesetzlichen Unterhaltungsanspruch; denn diese beiden Rechte stehen ihr ja sogar ihren unehelichen Kindern gegenüber zu, dem Vater hingegen nicht.

Es fragt sich noch, welche Wirkung die erfolgreiche Anfechtung der neuen Ehe aus § 1350 B. G. B. dritten Personen gegenüber hat. Da das Gesetz bezüglich der „Gewissenskonflikts-Klage" keine Sonderbestimmungen gibt, so haben die allgemeinen Regeln für die Anfechtung der Ehe Platz zu greifen. Für diesen Fall kommt § 1344 B. G. B. zur Anwendung, wonach einem Dritten gegenüber aus der Nichtigkeit der Ehe Einwendungen gegen ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil nur hergeleitet werden können, wenn zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit die Ehe für nichtig erklärt oder die Nichtigkeit dem Dritten bekannt war. Hierzu ergänzend bestimmt § 142 Abs. 2 B. G. B., dass derjenige, der die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt wird, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen. Da nun die Kenntnis der Anfechtbarkeit der neuen Ehe sich mit der Kenntnis vom Leben des Verschollenen deckt, so kann der Dritte sich für die Zeit vor der Nichtigkeitserklärung der neuen Ehe nur durch seine Unkenntnis vom Leben des Verschollenen exculpieren. Ist der Dritte also bezüglich des Lebens des Verschollenen bösgläubig, so muss er die spätere Nichtigkeit der neuen Ehe gegen sich gelten lassen. Es ist aber streitig, wann die Kenntnis seitens des Dritten vom Leben des Verschollenen vorliegt. Planck ist der Ansicht, dass Kenntnis des Dritten schon dann vorliegt, wenn der Dritte wusste, dass der Verschollene zur Zeit der Schliessung der neuen Ehe noch gelebt habe. Planck setzt also eine dem Anfechtungsrecht aus § 1350 B. G. B. entsprechende Kenntnis für den Dritten voraus, um Einwendungen gegen ein Rechtsgeschäft machen zu können, das zwischen dem Dritten und einem Gatten der neuen Ehe zustande gekommen ist. Planck sagt, „es wird davon auszugehen sein, dass die Ehe von Anfang an anfechtbar ist, wenn der für Toterklärte zur

Zeit der Eheschliessung noch lebt, und dass der Dritte die Anfechtbarkeit daher kennt, wenn er dies weiss".[1]) Opet bringt hingegen die Kenntnis in engeren Zusammenhang mit dem Rechtsgeschäft ohne Rücksicht auf die Kenntnis vom Leben des Verschollenen zur Zeit der Todeserklärung, erfordert aber ausserdem, dass dem Dritten neben der Kenntnis von der Tatsache auch die Kenntnis von deren Rechtsfolge bekannt ist, indem er betont: „Als bösgläubig gilt dabei derjenige Dritte, dem zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes oder des Eintritts der Rechtshängigkeit bekannt war, sowohl dass der für Toterklärte noch lebe, als dass dieser Umstand die Anfechtung der neuen Ehe gestatte".[2]) Diese Ansicht ist mehr in Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes zu bringen, nach dem die Vornahme des Rechtsgeschäftes für die Kenntnis ausschlaggebend ist, sie ist aber für die Praxis sehr schwer anwendbar. Denn man kann in einem bestimmten Moment nie wissen, ob dieser oder jener Mensch noch lebt, es sei denn, man habe ihn in diesem bestimmten Moment vor Augen oder man höre ihn reden etc., kurzum er befinde sich im Kreise unserer unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung. Dahingegen ist die von Planck vertretene Ansicht für die Praxis bedeutend brauchbarer, indem er einen in der Vergangenheit liegenden Augenblick, nämlich die Kenntnis vom Fortleben des Verschollenen zur Zeit der neuen Eheschliessung als für die rechtliche Beurteilung ausschlaggebend bestimmt, denn der Dritte kann sichere Kunde davon haben, dass der Moment des Eheabschlusses ins Leben des für Toterklärten gefallen ist. Es könnte nun auch hier eingewendet werden, dass das Wissen, dass eine Ehe anfechtbar gewesen ist, nicht gleich dem Wissen steht, dass eine Ehe noch anfechtbar ist. Die Anfechtbarkeit der Ehe könnte nämlich behoben werden zunächst durch Tod des Verschollenen vor Einreichung der Anfechtungsklage, dann durch Tod eines Ehegatten der neuen Ehe, schliesslich durch Bestätigung der neuen Ehe durch einen anfechtungsberechtigten Teil, nachdem dieser Kenntnis vom Fortleben des Verschollenen erlangt hat, resp. durch Bestätigung der neuen Ehe seitens beider Ehegatten, falls beide gutgläubig und somit beide anfechtungsberechtigt waren. Wollte man aber über diese theoretischen Möglichkeiten weiter klügeln, so müsste man sich schon von der Jurisprudenz auf das Gebiet der Philosophie versteigen und die Ausdrücke „Wissen und Kennen" nach allen Auffassungsmöglickeiten behandeln. Man könnte so z. B. ein Kennen vom Leben eines anderen im gegenwärtigen Augenblick schon dann annehmen, wenn einem sichere Beweise vorliegen, dass der andere in einem bestimmten vergangenen Momente gelebt hat, und wenn man auf Grund dieser Beweise der festen Ueberzeugung ist, dass das Leben des anderen auch nach dem als erlebt positiv bewiesenen Augenblick bis auf den gegenwärtigen fraglichen Augenblick fortdauert.

Hier muss man eben den konkreten Fall nach Massgabe des von Planck vertretenen richtigen Standpunktes entscheiden lassen,

1) Planck § 1350 Anm. 2 d; derselben Ansicht Schmidt-Habicht S. 141; Leske S. 676 lässt die Frage offen.
2) Opet-Blume § 1350 Anm. 7; derselben Ansicht Neumann S. 44.

dass nämlich Bösgläubigkeit des Dritten dann vorliegt, wenn dieser bei Vornahme des Rechtsgeschäftes wusste, dass der für Toterklärte den Abschluss der neuen Ehe überlebt hat. Tritt nun einer der drei eben als möglich erwähnten Fälle ein, so muss das Rechtsgeschäft jedesmal erfüllt werden, da es unwesentlich ist, dass die Ehe anfechtbar war, nur das rechtskräftige Anfechtungsurteil vermag die Ehe als von Anfang an nichtig zu stempeln. Tritt aber keiner der drei Fälle ein, so kann der Dritte in sechs Monaten sehr leicht eine Entscheidung herbeiführen: ficht nämlich ein anfechtungsberechtigter Ehegatte in dieser Zeit seine Ehe nicht an — den hierfür erforderlichen Rechtsgrund des Nochlebens des Verschollenen wird und muss der Dritte dem anfechtungsberechtigen Ehegatten beigebracht haben —, so ist die Ehe gültig und stets gültig gewesen, das Rechtsgeschäft muss also erfüllt werden — und welcher Ehegatte würde wegen Zwanges zur Erfüllung eines Rechtsgeschäftes eine vielleicht glückliche Ehe zur Vernichtung bringen!

§ 24.

e) Wirkung bei Nichtanfechtung der neuen Ehe.

Da die Bestimmung des § 1350 B. G. B. für die Ehegatten der neuen Ehe keine Pflicht involviert, sondern ihnen nur ein Recht gewährt, falls Gewissensbedenken ihnen die Fortsetzung der unter falschen Voraussetzungen geschlossenen Ehe erschweren, so steht es bei ihnen, die Auflösung der neuen Ehe herbeizuführen oder in der angewöhnten und angenehm gewordenen Ehe ihr weiteres glückliches Fortkommen zu suchen, trotzdem der Verschollene noch lebt und wieder auf der Bildfläche erschienen ist. Für diesen Fall der Nichtanfechtung der neuen Ehe ist im allgemeinen die Rechtslage die gleiche, als ob der Verschollene tot wäre. Die alte Ehe bleibt aufgelöst und die neue Ehe bleibt unantastbar bestehen. Dem Zurückgekehrten steht im allgemeinen ein Unterhaltsanspruch gegen den conjux binubus nicht zu. Doch darf die Ansicht Plancks[1]) nicht unwidersprochen bleiben, dass „der Verschollene selbst dann keinen Unterhaltsanspruch gegen seinen früheren Ehegatten hat, wenn dieser bei Eingehung der neuen Ehe von dem Leben des Verschollenen Kenntnis hatte“. Denn weshalb sollte der männliche Verschollene bei Bösgläubigkeit des weiblichen conjux binubus gegen diese nicht auf Grund des allgemeinen Verschuldungsprinzips nach Massgabe des § 823 Abs. 2 B. G. B. Schadensersatz für das ihm entgehende Nutzniessungsrecht an dem Vermögen der Frau, das ihm doch auch zum persönlichen Unterhalt

1) § 1351 Anmerk. 4.

mitzudienen bestimmt ist, fordern dürfen? Die zurückgelassene Ehefrau hat nämlich durch ihre Bösgläubigkeit bezüglich des Lebens des Verschollenen die Ehe mit diesem vorsätzlich oder zum mindesten fahrlässig zur Auflösung gebracht und dadurch mittelbar im Sinne des § 823 Abs. 1 B. G. B. ein Recht ihres abwesenden Ehemannes widerrechtlich verletzt, das ihm nach § 1363 Abs. 1 B. G. B. zusteht. Deshalb könnte m. E. der zurückgekehrte Ehemann, falls die zurückgebliebene Ehefrau bei Eingehung ihrer neuen Ehe hinsichtlich des Lebens ihres früheren Ehegatten bösgläubig war, wohl den Ersatz des Schadens verlangen, den er durch den Verlust seines ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzniessungsrechtes erlitten hat. Inwieweit hierbei aber die Culpacompensation des § 254 B. G. B. in Betracht kommt, ist eine Frage des konkreten Falles. Wahrscheinlich wird infolge des schon häufiger erwähnten Verschuldens des Mannes, der bei den heutigen modernen Verkehrsmitteln seine Todeserklärung in fast allen Fällen hätte verhindern können, das Verschulden der Frau, falls es sich nicht um Vorsatz handelt, vollauf kompensiert.

Sind nun aus der alten Ehe Kinder vorhanden, so regelt sich im Prinzip die Unterhaltungspflicht den Kindern gegenüber nach den allgemeinen Grundsätzen des § 1606 Abs. 2 B. G. B., d. h. die näheren Verwandten haften vor den entfernteren und der Vater vor der Mutter, soweit nicht letzterer die Nutzniessung an dem Vermögen des gemeinschaftlichen Kindes zusteht; in einem solchen Falle haftet die Mutter vor dem Vater. Zu bemerken ist hierbei aber, dass dem Vater, falls er der zurückgekehrte Verschollene ist, in den meisten Fällen wohl das beneficium competentiae aus § 1603 Abs. 1 B. G. B. zusteht. Hat er diese Einwendung aber nicht und ist die Mutter auch nicht Nutzniesserin des Kindesvermögens, so bestimmt der § 1352 B. G. B. im Interesse des unterhaltspflichtigen Mannes, dass die Frau dem Manne zur Bestreitung des Unterhalts eines gemeinschaftlichen Kindes einen Beitrag nach dem für die Scheidung geltenden Vorschriften des § 1585 B. G. B. zu leisten hat, wobei es gleichgültig ist, ob sie die Doppeltverheiratete oder die noch lebende Verschollene ist. Demnach hat sie aus den Einkünften ihres Vermögens — ohne dabei die Verpflichtung zu haben, das Stammvermögen angreifen zu müssen — und den Ertrag ihrer Arbeit — soweit sie ihrer Lebensstellung nach solche als Erwerbstätigkeit verrichtet — oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes einen angemessenen Beitrag zu den Unterhaltskosten des Mannes zu leisten, soweit nicht diese durch die dem Manne an dem Vermögen des Kindes zustehende Nutzniessung gedeckt werden.

Schluss.

§ 25.

Inwieweit finden die Vorschriften des B. G. B. Titel 4 des Familienrechts „Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung" auch auf Ausländer Anwendung?

Nach dem Nationalitätsprinzipe sind die Erfordernisse und Wirkungen der Todeserklärung nach den Gesetzen des Staates zu beurteilen, dem der Verschollene angehört. Diesem Grundsatze entsprechend bestimmte der § 5 des ersten Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, dass die Todeserklärung nur dann zulässig sein sollte, wenn der Verschollene ein Deutscher ist. Bei der weiteren Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde jedoch diese Beschränkung gestrichen, und aus Zweckmässigkeitsgründen bestimmte der Artikel 9 Abs. 1 E. G. B. G. B., dass ein Verschollener im Inlande nach den deutschen Gesetzen für tot erklärt werden kann, wenn er bei Beginn der Verschollenheit ein Deutscher war. Eine solche Todeserklärung wird in ihren Wirkungen völlig den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gleichgestellt; aber auch ein Ausländer kann nach Abs. 2 des Artikel 9 E. G. B. G. B. für tot erklärt werden, die gegen ihn erwirkte Todeserklärung hat aber nur Rechtsfolgen auf solche Rechtsverhältnisse, die sich nach den deutschen Gesetzen bestimmen, ferner wirkt sie nur hinsichtlich des im Inlande befindlichen Vermögens des Verschollenen.

Eine Ehefrau, die bis zu ihrer Heirat eine Deutsche war, geniesst aber in dieser Beziehung einen viel weitergehenden Schutz. Ist nämlich ihr ausländischer Ehemann verschollen und ist sie wieder deutsche Reichsangehörige geworden und hat sie in irgend einem deutschen Bundesstaate ihren Wohnsitz, so kann sie, falls der letzte Wohnsitz ihres Mannes auch im Inlande war — ohne Rücksicht darauf, ob bereits im Auslande nach ausländischen Gesetzen eine Todeserklärung ihres Gatten erfolgt war — eine solche in Gemässheit des Absatzes 3 des Artikel 9 E. G. B. G. B. nach deutschen Gesetzen beantragen. Ein so erlangtes rechtskräftiges Urteil hat in jeder Beziehung genau dieselben Wirkungen, wie sie in dieser Dissertation eingehend dargelegt sind.

Finis.